

LUIZ SÁVIO SALGADO BRANDÃO

**A LEI Nº 6.681/79 E SUAS IMPLICAÇÕES SOBRE AS QUESTÕES ÉTICAS E
DE RESPONSABILIDADES CIVIL E PENAL DO MÉDICO MILITAR**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário de
Brasília, como requisito para a
obtenção do Diploma de Graduação
em Direito.

Orientador: Prof Roberto Krauspenhar

Brasília
2010

Às vezes, está em nós a Medicina que em vão
aos céus pedimos [...] (Shakespeare).

RESUMO

O exercício da medicina vem passando por diversas mudanças, principalmente sob os ângulos tecnológico e de incorporação de novos conhecimentos, além de problemas relacionados ao exercício da atividade profissional do médico. Em relação a isso, observa-se que o número de casos envolvendo questões de natureza ética, analisadas pelos Conselhos Regionais de Medicina (CRM) e, de responsabilização civil e penal, examinadas pelo Poder Judiciário, vêm se multiplicando ao longo dos últimos anos no Brasil, particularmente após a entrada em vigor da Constituição de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor. Nesse contexto, avulta de importância para o médico militar, ao exercer suas peculiares atividades técnico-profissionais exclusivamente no meio militar, o questionamento sobre a manutenção da Lei nº 6.681/79. Nela ele tem o competente amparo legal para não ficar sujeito à ação disciplinar e jurisdicional dos CRM nos quais estiver inscrito, mas sim à da Diretoria de Saúde da Força Armada a que pertencer, a quem cabe o papel de promover e controlar a estrita observância das normas de ética profissional dos integrantes do seus Serviços de Saúde. A finalidade do presente trabalho é apresentar subsídios que conduzam a uma reflexão acerca dessas questões, capazes de comprometer sobremaneira a relação médico-paciente, salientando as principais razões que justificariam a eventual necessidade do médico militar continuar a ter um tratamento diferenciado, na análise dos problemas éticos e de responsabilização que norteiam o desempenho de sua atividade profissional, até mesmo como forma de salvaguardar a estrutura militar à qual ele pertence, toda ela alicerçada na disciplina e na hierarquia, além de ser tutelada por legislação específica.

Palavras-chave: Médico militar; Ética médica; Médico brasileiro: responsabilidades civil e penal.

ABSTRACT

The exercise of the medicine is going through several changes, mainly under the technological point of view and incorporation of new knowledge, besides problems related to the exercise of the doctor's professional activity. In relation to this issue, it is observed that the number of cases related to ethical subjects, analyzed by the Regional Council of Medicine (CRM), and the civil and penal responsabilization, analyzed by the Judiciary Power, are increasing along the last years in Brazil, particularly after the promulgation of the 1988 Constitution and of the Customer Code of Defense. In this context, the maintenance in effect of the Law nº 6.681/79, which gives the health professional the competent legal basis to avoid him being subordinated to the disciplinary and jurisdictional actions from the CRMs in which he is enrolled, stands out in importance for the military physician, while exercising his peculiar technical-professional activities exclusively in the military environment, and thus being subordinated to the Army Health Directorate, which has the role to promote and control the strict observance of the professional ethic norms of the Health Service members. The purpose of the present work is presenting subsidies, that drive us to a reflection concerning those issues, capable to compromise excessively the doctor-patient relationship, pointing out the main reasons that would justify the military doctor's need to have a differentiated treatment in the analysis of the ethical problems and of responsabilization that orientate the performance of his professional activity, even as form of safeguarding the military structure to which he belongs, to founded in the discipline and hierarchy, besides being protected by specific legislation.

Keywords: Military doctor; Medical ethics; Civilian and penal responsibilities of the doctors in Brazil.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CAO	Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais
CCB	Código Civil Brasileiro
CCEM	Curso de Chefia e Estado-Maior
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
CFOM	Curso de Formação de Oficiais Médicos
CPEAEX	Curso de Política, Estratégia e Alta Administração do Exército
CPM	Código Penal Militar
CREMESP	Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo
CRM	Conselho Regional de Medicina
CSN	Conselho Nacional de Saúde
MED	Médico
OM	Organização Militar
OMS	Organização Militar de Saúde
OPAS	Organização Panamericana de Saúde
OTT	Oficial Técnico Temporário
QEMA	Quadro de Estado-Maior da Ativa
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	7
1	AS INTER-RELAÇÕES ENTRE A MEDICINA E O DIREITO.....	11
2	A QUESTÃO DA ÉTICA MÉDICA.....	14
3	A QUESTÃO DAS RESPONSABILIDADES CIVIL E PENAL DO MÉDICO NO BRASIL.....	30
4	RESPONSABILIDADE MÉDICA E O DIREITO DO CONSUMIDOR.....	42
5	O MÉDICO MILITAR EM FACE DE TAIS QUESTÕES.....	49
	CONCLUSÃO.....	66
	REFERÊNCIAS.....	69

INTRODUÇÃO

Se considerarmos ter a Medicina como finalidade precípua a investigação das mais diversas entidades nosológicas, na busca do estabelecimento de condutas no sentido de manter ou de restituir a saúde dos indivíduos, veremos que ela por si já exige muito dos que a ela se dedicam.

Nos dias atuais, além das mudanças que sobre ela incidem, sob os ângulos tecnológicos e de novos conhecimentos que surgem, há que se considerar, também, a preocupação com outros aspectos que cercam o profissional médico. Esses aspectos vão desde o número cada vez maior de médicos que se formam a cada ano no Brasil, num mercado cada vez mais competitivo, até as questões ligadas ao exercício profissional e que podem levar o médico a ser responsabilizado por seus atos praticados.

É, também, missão dessa ciência, orientar e esclarecer os legisladores na elaboração das leis sobre fatos médicos e fomentar o bem social. Se trata, em síntese, de uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade.

Ela não pode se afastar de sua tradição, toda ela mergulhada em rigorosos conceitos de moral, tendo por base o Juramento de Hipócrates. Nesse contexto, os Conselhos de Medicina, criados com o objetivo de permitir aos médicos uma delimitação mais clara de seus limites e responsabilidades éticas, têm como campo de ação apenas os aspectos morais relacionados com a prática médica.

No tocante às responsabilidades e limites legais do exercício profissional, estes ficam a cargo das normas emanadas do Legislativo e aplicadas pelo Judiciário aos casos concretos. Isso significa, que a atuação do médico é quem vai balisar e vir a dar todo o respaldo legal do atendimento que vier a ser prestado ao paciente.

O primeiro documento histórico que trata do problema do erro médico é o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.), que também contém interessantes normas a respeito da profissão médica em geral. A culpa profissional do médico se constitui, assim, num dos problemas científicos e deontológicos, antes que jurídicos, mais antigos, objeto de debates calorosos ao longo dos tempos, dada a natureza particular da atividade médica. As reparações por danos médicos, em alguns países, são hoje efetivas e vultosas. O homem moderno se mostra dia-a-dia menos tolerante com danos de quaisquer espécies e, a ampla reparabilidade do dano moral, estimula a busca de indenização.

Assim, se há algum tempo atrás, o dano advindo da atuação do médico era tido como inevitável, hoje se passou a uma situação completamente diferente, não só de proteção ao lesado, como também de predisposição deste a atribuir qualquer mau resultado no seu tratamento, ao profissional que o assiste, procurando lhe imputar a responsabilidade civil e/ou penal, pelo dano eventualmente sofrido.

Dessa forma, o chamado Direito Médico, fruto da simbiose dos conhecimentos da Medicina com o Direito, revestir-se-ia de importância nos dias atuais. Ele compreenderia um conjunto de normas necessário numa sociedade organizada, referente à pessoa e à atividade médica e, imposto coativamente pelo Poder Público. Há, inclusive, os que defendem a criação de um Direito Médico autônomo e independente, devido à indiscutível influência do Médico e da Medicina, tanto sobre a sociedade como sobre o próprio indivíduo em si.

Em meio a tal situação, o médico militar, profissional que exerce suas peculiares atividades técnico-profissionais exclusivamente no meio militar, o qual tem características importantes tais como o risco de vida, a sujeição a preceitos rígidos de disciplina e hierarquia, dedicação exclusiva, disponibilidade permanente, grande mobilidade geográfica, formação específica, etc, tem a necessidade de que sejam claramente definidos, para o mesmo, os padrões éticos e de responsabilidade civil e penal, relacionados com o seu exercício profissional, se buscando, tanto quanto possível, otimizar os preceitos militares aos quais ele deve obedecer, com as normas emanadas da sociedade civil organizada, dentro de um Estado Democrático de Direito, das quais o mesmo, enquanto cidadão, não pode e não deve, em momento algum, se afastar.

Este profissional, enquanto no exercício exclusivo de atividades técnico-profissionais decorrentes de sua condição militar, não está sujeito à ação disciplinar e jurisdicional do Conselho Regional de Medicina (CRM) no qual estiver inscrito, como de resto os são os demais profissionais médicos.

Como previsto no art. 5º da Lei nº 6.681/79, ainda em vigor, a seguir transcrito, o médico militar está sujeito à ação disciplinar da Força Singular a que pertencer, a quem caberia o papel, em última análise, de promover e controlar a estrita observância das normas de ética profissional:

Art. 5º - Os médicos, cirurgiões-dentistas e farmacêuticos militares, no exercício de atividades técnico-profissionais decorrentes de sua condição militar, não estão sujeitos à ação disciplinar dos Conselhos

Regionais nos quais estiverem inscritos, e sim, à da Força Singular a que pertencerem, a qual cabe promover e controlar a estrita observância das normas de ética profissional por parte dos seus integrantes.

Entretanto, se ele vier a exercer, concomitantemente, atividades profissionais no meio civil, não decorrentes de sua situação militar fica sujeito à ação disciplinar do CRM, o qual tem, por obrigação, que comunicar à respectiva Diretoria de Saúde da Força Singular, os fatos que tiverem ocorrido com o citado médico, na sua atividade civil.

Assim, considerando-se que, o médico militar tem esta duplicidade de subordinação, em função de sua condição de médico e também de militar, existem situações peculiares, nas quais tal fato é gerador de conflitos de competência na análise de sua atividade técnico-profissional, ensejando questionamentos e ações, seja na esfera civil bem como na militar.

Em função dessa situação existente, se torna importante definir, com clareza, os limites éticos e jurídicos que devem nortear o desempenho do médico militar dentro do ordenamento jurídico vigente no País, assegurando-se ao mesmo os instrumentos que lhe garantam a necessária segurança jurídica para bem desempenhar suas funções, evitando-se, por conseguinte, o aparecimento de situações que possam vir a ensejar, inclusive, erros de julgamento e conseqüente condenação por atos praticados no exclusivo exercício de sua atividade de médico militar.

Para que se obtenha um bom entendimento do presente trabalho acadêmico, cabe ressaltar que o mesmo será desenvolvido na seguinte seqüência: inicialmente, serão feitas breves considerações sobre os diversos aspectos relacionados às ciências médica e jurídica, destacando-se as inter-relações existentes entre a medicina e o direito, particularmente no tocante ao chamado Direito Médico; a seguir, serão abordadas as questões relacionadas com a ética médica e com as responsabilidades civil e penal do médico, se enfatizando o papel do médico militar em face de tais situações; por último, discutir-se-á a questão da legislação vigente - Lei nº 6.681, de 16 de agosto de 1979 – e, o papel das Diretorias de Saúde das Forças Singulares - Órgãos Técnicos e Normativos -, como elementos balizadores e controladores dos limites éticos norteadores do exercício profissional do médico militar.

Na elaboração desse trabalho, foi realizada uma pesquisa nas literaturas médica e jurídica existente sobre o assunto, analisando-se os reflexos de tais questões sobre os oficiais médicos.

Se este trabalho de conclusão de curso, aprimorado por futuros estudos acerca do assunto, se tornar útil aos médicos militares, no discernimento sobre as questões que envolvam a ética e a responsabilização dos mesmos, pensa-se que ele terá cumprido a missão a que se propôs.

1 AS INTER-RELAÇÕES ENTRE A MEDICINA E O DIREITO

É difícil o exercício da arte da medicina, ficando os médicos em permanente julgamento ao longo de suas vidas. A consciência profissional, exercitada desde os bancos da universidade, não cessa de os interrogar. Serão sempre os primeiros a questionar as suas competências. A seguir virão outros: seus pares, os conselhos de classe e a sociedade, além dos tribunais.

Dentro da complexa estrutura assistencial que caracteriza a moderna Medicina, a principal questão que se coloca é sobre como se julgar o médico? Entre ele e o paciente, elementos de aproximação e distanciamento se alternam e, freqüentemente, fogem de seu domínio. Da obtenção das informações à aplicação das intervenções terapêuticas, o médico, hoje, não está quase nunca só. Integra conhecimento, porém alicerça seu diagnóstico em informações obtidas de terceiros. Escolhe a terapêutica, mas amiúde necessita recorrer a métodos sobre os quais não detém completo controle. As decisões têm de ser rápidas e precisas, tomadas sob pressão decorrente de intensa carga emocional e em clima de expectativas, por vezes, irreais.

Se a técnica expressa o diálogo entre as mãos e o cérebro, também demonstra o quanto ela deve estar subordinada à razão prática, disciplinadora da ação, a fim de que não se desvirtue a natureza humana, mas que ela se desenvolva na plenitude de suas dimensões.

O médico, na sua missão de prevenir, aliviar, tratar e curar, está no centro das atividades preservadoras da vida. A sua atividade profissional lida com os bens supremos do indivíduo, protegidos pela ordem estatal. Daí a íntima relação entre a Medicina e o Direito, o que para o Prof. Genival Veloso de França, Professor Titular de Medicina Legal da Universidade Federal da Paraíba, justificaria a criação, de forma independente, nos currículos dos cursos de Medicina e de Direito, do chamado “[...] Direito Médico, onde se estudariam todas as normas jurídico-positivas atinentes à profissão médica, ou com as quais o médico está intimamente relacionado, em virtude da própria natureza de suas atividades.”¹

¹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 7. ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK, 2001, p.17.

Já para Alexandre de Moraes, “[...] a preciosa garantia individual do direito à saúde tem início no atuar médico, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal.”²

O Direito Médico, no entender de Genival Veloso de França, deveria, portanto, “[...] disciplinar não apenas a profissão, mas também tudo aquilo a que estão obrigadas as pessoas e o Estado.”³

Há que, preliminarmente, considerar-se as inter-relações existentes entre a Moral e o Direito. Enquanto a Moral tem como característica a unilateralidade de suas regras, limitando-se à mera sugestão de deveres, o Direito tem estrutura imperativo-atributiva, impondo obrigações e conferindo direitos. A Moral vive na subjetividade e atua na vida interior. O Direito é coercitivo e atinge a vida social.

Nessa dualidade de concepções filosóficas entre o jurista e o médico, temos de um lado a Medicina, amparada pelo documento hipocrático, com sua moral autônoma e imposta pela ocasião e, de outro, o Direito, dando força ao legislador e ao magistrado, como guardiões da ordem pública e do bem-estar social. Mesmo havendo distinções, faz-se mister, entretanto, que se reconheça que o Direito só tem força e valor na medida em que está subordinado à Moral, nela se apoiando e com ela se completando.

Se por um lado o Código de Ética Médica codifica moralmente as obrigações do médico, este, por si só não garante e não tem valor de ordem na sociedade como um todo, visto existir toda uma legislação esparsa em diversos documentos legais que constituiria o arcabouço legal e balizador da conduta médica.

Ética médica, campo de valor encontrável no cerne da natureza humana, diz respeito, fundamentalmente, aos valores morais que norteiam o exercício profissional da medicina. Genival Veloso de França considera assim a ética como sendo “[...] o ramo da filosofia que estuda um tipo de experiência humana na sua forma comportamental.”⁴

² MORAES, Alexandre de. Apud SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.7

³ FRANÇA, Genival Veloso de. Op cit., p. 40.

⁴ Id. ibid..

Sobre o Código de Ética Médica assim se posiciona:

Um Código de Ética Médica que não for sensível às modificações surgidas com a concepção que se tem da sociedade e do homem, marcadas pela experiência que as mudanças produzem a partir da prática profissional, dos costumes e das idéias, é um mau Código.⁵

Pode-se mesmo afirmar que a profissão médica é, talvez, no mundo inteiro, aquela que mais está sujeita a normas e a regulamentos especiais.

Quando existe iminente risco de vida, como nas urgências, nas grandes catástrofes ou em conflitos bélicos, o médico e o paciente se encontram muitas vezes diante de situações em que se impõem, cada vez mais, a necessidade de uma definição jurídica clara e precisa, que deixe não apenas o médico consciente de suas atribuições, com condições para o total desempenho de seu ofício, sem correr o risco nem o constrangimento dos processos judiciais e das polêmicas doutrinárias em torno de determinados assuntos, mas, também, certo o paciente, de que ele tem direitos ante a Medicina.

Dessa forma, embora a lei, a ética, a norma e a consciência, representadas nas figuras do médico e do legislador, possam entrar em conflito em determinadas situações concretas da Medicina corrente, se faz necessário admitir a possibilidade de ter de haver, em certas circunstâncias, a intervenção de normas jurídicas numa profissão que encerra aspectos morais e éticos, em que as relações médico-jurídicas nem sempre se apresentam claramente estabelecidas.

Por conseguinte, embora impossível se torne precisar, através de normas, tudo aquilo que pode servir ao médico, bem como todas as coisas que possam exigir o indivíduo e a sociedade, em todos os pormenores e circunstâncias que norteiam a prática médica, há que se pensar em se alcançar, no futuro, uma posição em que tenhamos à mão enunciados jurídicos que disciplinem, pelo menos, as situações mais comuns.

⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 7. ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK, 2001, p. 40.

2 A QUESTÃO DA ÉTICA MÉDICA

É extremamente importante saber diferenciar a Ética da Moral e do Direito. Estas três áreas se distinguem, porém têm grandes vínculos e até mesmo sobreposições.

Segundo José Roberto Goldim, “[...] tanto a Moral quanto o Direito, se baseiam em regras que visam estabelecer uma certa previsibilidade para as ações humanas. Ambas, porém, se diferenciam.”⁶ Para este autor, a Moral pode ser assim considerada:

A Moral estabelece regras que são assumidas pela pessoa, como uma forma de garantir o seu bem-viver. A Moral independe das fronteiras geográficas e garante uma identidade entre pessoas que sequer se conhecem, mas utilizam este mesmo referencial moral comum.⁷

Por sua vez, ele assim se expressa sobre o Direito:

O Direito busca estabelecer o regramento de uma sociedade delimitada pelas fronteiras do Estado. A lei tem uma base territorial, valendo apenas para aquela área geográfica onde uma determinada população vive. O Direito Civil utilizado no Brasil se baseia na lei escrita. A *common law* dos países anglo-saxões se baseia na jurisprudência e as sentenças dadas para cada caso em particular podem servir de base para a argumentação de novos casos. O Direito Civil é mais estático e a *common law* mais dinâmica.⁸

Portanto, o Direito pode ser considerado como sendo um sub-conjunto da Moral. Esta perspectiva pode gerar a conclusão de que toda a lei é moralmente aceitável. Entretanto, inúmeras situações demonstram a existência de conflitos entre a Moral e o Direito. A desobediência civil ocorre quando argumentos morais impedem que uma pessoa acate uma determinada lei. Este é um exemplo de que a Moral e o Direito, apesar de se referirem a uma mesma sociedade, podem ter perspectivas discordantes.

⁶ GOLDIM, José Roberto. **Ética, moral e direito**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/eticmor.html>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

⁷ Id. *ibid.*..

⁸ Id. *ibid.*..

Ao se enfatizar a relação Direito/Moral, é importante se lembrar que a Moral é muito mais ampla do que o Direito, não esgotando todo o conteúdo da mesma. Mas o Direito não pode ser imoral. A preocupação moral, cada vez mais intensa nas ciências jurídicas modernas, já registrou a ocorrência de um processo de moralização na substância jurídica das relações privadas, seja como a humanização do Direito Civil, seja em virtude do aprimoramento da consciência jurídica.

Sobre a Ética, José Roberto Goldim nos ensina que:

A Ética é o estudo geral do que é bom ou mau. Um dos objetivos da Ética é a busca de justificativas para as regras propostas pela Moral e pelo Direito. Ela é diferente de ambos, pois não estabelece regras. Esta reflexão sobre a ação humana é que a caracteriza.⁹

Com base nos ensinamentos de filósofos tais como Platão, Sócrates e Aristóteles, Adolfo Sánchez Vázquez assim se expressa sobre a Ética:

A ética tende a estudar um tipo de fenômeno que se verifica realmente na vida do homem como ser social e constituem o que chamamos de mundo moral; ao mesmo tempo, procura estudá-los não deduzindo-os de princípios absolutos ou apriorísticos, mas afundando suas raízes na própria existência histórica e social do homem.¹⁰

O foco da Ética estaria, portanto, na educação do caráter humano, visando conter seus instintos e orientá-los para o bem, de modo a adequar o indivíduo à sua comunidade. Dessa forma, a Ética conciliaria a personalidade do sujeito virtuoso com os valores do grupo social, que se espera seja igualmente virtuoso.

A finalidade da Ética para Aristóteles, foi assim sintetizada por José Renato Nalini:

A finalidade da ética é descobrir o **bem absoluto**, a meta definitiva, que é ponto de convergência e chegada e não pode ser ponto de partida de mais nada. [...] Esse é o bem absoluto

⁹ GOLDIM, José Roberto. **Ética, moral e direito**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/eticmor.html>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

¹⁰ VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez; tradução de João Dell'Anna. **Ética**. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, p. 27.

ou a verdadeira **felicidade**. Para alcançá-la, há de se contemplar a verdade e aderir a ela.¹¹

São três os elementos do campo ético: agente, virtudes e meios. Para preencher as condições essenciais, o agente deve ter consciência de si e dos outros, responsabilidade por suas ações e vontade própria para decidir, controlando instintos e paixões. Enfim, o agente deve ser livre para se auto-afirmar, dando a si mesmo a regra, a norma, a lei e a liberdade.

Do ponto de vista das virtudes, a Ética atual associa cultura e sociedade para definir o que seja mal ou bem, vício ou virtude, que são antagônicos.

Para que a Ética cumpra sua finalidade, é preciso analisar os meios utilizados no grupo que a instituiu, ou seja, no universo ao qual ela se destina. Dependendo desse universo, a Ética se transforma para atender a novas exigências da sociedade e da cultura. Por exemplo, numa comunidade na qual a lealdade seja um valor, será considerado imoral empregar como meios a má-fé, a mentira ou a crueldade para atingir um fim.

Historicamente a filosofia sempre foi o campo de estudo da Ética que, por sua vez, tinha como foco a Moral, o dever a cumprir e a qualificação do bem e do mal, visando a melhor conduta na coletividade.

Sobre Ética e filosofia, Adolfo Sánchez Vázquez, assim se posiciona:

Ao ser definida como um conjunto sistemático de conhecimentos racionais e objetivos a respeito do comportamento humano moral, a ética se nos apresenta como um objeto específico que se pretende estudar cientificamente. Esta pretensão se opõe à concepção tradicional que a reduzia a um simples capítulo da filosofia, na maioria dos casos, especulativa.¹²

¹¹ NALINI, José Renato. **Filosofia e ética jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 149.

¹² VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez; tradução de João Dell'Anna. **Ética**. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, p. 25.

Assim, da Ética filosófica, calcada na especulação racional, na teologia e no pensamento preocupado com a natureza, surgiu a Ética científica, cuja contribuição mais importante é a constatação das diversas morais históricas, por vezes contraditórias e, em alguns grupos, coexistentes. A Ética científica não julga nem prejudica, mas percebe os códigos de honra das comunidades.

Portanto, a Ética filosófica está voltada para a reflexão e a introspecção, tendo caráter normativo e se ocupando em prescrever princípios perenes e universalmente legítimos, para a vida em grupos sociais, enquanto a Ética científica, observa os fatos, tem cunho analítico, procura explicar a existência de várias morais construídas e modificadas historicamente, em virtude da interação social dos agrupamentos humanos.

Nas últimas décadas, os problemas éticos da Medicina e das ciências biológicas explodiram em nossa sociedade com grande intensidade. Isto mudou as formas tradicionais de fazer e decidir utilizadas pelos profissionais da Medicina. Constitui um desafio para a Ética contemporânea providenciar um padrão moral comum para a solução das controvérsias, provenientes das ciências biomédicas e das altas tecnologias aplicadas à saúde. A Bioética, nova imagem da Ética médica, surge então como sendo o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e cuidados da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais.

Desde 2001, o Programa Brasileiro de Bioética, vinculado à Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), definiu Bioética de forma ampla, incluindo a vida, a saúde e o ambiente, como áreas de reflexão sobre a mesma.

É fundamental se destacar, em todas as definições de Bioética, as suas características mais importantes: ampla abrangência, pluralismo, interdisciplinaridade, abertura e incorporação crítica de novos conhecimentos. Elida Séguin assim se expressa sobre o Biodireito e a Bioética:

A expressão Biodireito surgiu no Brasil, por volta de 1997, a partir da positivação e incorporação ao ordenamento jurídico de regulamentação a procedimentos terapêuticos e à investigação científica, com vários livros adotando essa denominação. A

Bioética, quando sai do campo axiológico e é positivada no ordenamento jurídico, transmuta-se em Biodireito.¹³

Atualmente, em função de exigências sociais, culturais ou legais, existem diferentes tipos de Comissões de Ética atuando no âmbito das instituições de saúde, nos diversos países, inclusive no Brasil. As primeiras a surgir foram as Comissões de Ética Médica. Após estas, surgiram as Comissões de Ética em Pesquisa em Saúde e, mais recentemente, as Comissões de Bioética.

As Comissões de Ética Médica têm por objetivo zelar pelo cumprimento dos deveres e direitos inerentes ao exercício profissional dos médicos.

As Comissões de Ética em Pesquisa em Saúde, previstas nas Normas de Pesquisa em Saúde, do Conselho Nacional de Saúde (CNS), visam avaliar a adequação ética dos projetos de pesquisa que envolvam seres humanos.

Por sua vez, as Comissões de Bioética têm por finalidade refletir e avaliar questões e dilemas morais oriundos da prática e dos procedimentos realizados no âmbito da instituição.

Este modelo norte-americano de Comissões de Bioética que se espalhou pelo mundo tem, portanto, as funções de “[...] revisar casos para confirmar o diagnóstico ou o prognóstico da condição de um paciente e revisar as decisões tomadas pelo médico ou responsável legal, sobre tratamentos específicos.”¹⁴

O principal, entretanto, é se considerar que os Comitês de Ética não podem ser o único local do hospital com responsabilidade ética. Além dos profissionais de saúde, dos pacientes e seus familiares, o Diretor do hospital, o seu Conselho Diretor, ou os próprios gerentes da área administrativa devem, também, ter responsabilidades éticas para com a dignidade humana dos pacientes, por meio das medidas adotadas no desempenho de suas funções.

Já no tocante aos modelos de relação médico-paciente, segundo o que escreve José Roberto Goldim em artigo de sua autoria intitulado “Modelos de Relação

¹³ SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 33.

¹⁴ GOLDIM, José Roberto. **Os comitês de ética hospitalar**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/comitatm.html>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

Médico-Paciente”,¹⁵ o Prof. Robert Veatch (Instituto Kennedy de Ética da Universidade Georgetown / EEUU) propôs, em 1972, que basicamente existem quatro modelos de relação médico-paciente: o modelo sacerdotal; o modelo engenheiro; o modelo colegial e o modelo contratualista.

Para José Roberto Goldim, o modelo sacerdotal:

É o mais tradicional, pois se baseia na tradição hipocrática. Neste modelo o médico assume uma postura paternalista com relação ao paciente. Em nome da beneficência, a decisão tomada pelo médico não leva em conta os desejos, crenças ou opiniões do paciente. O médico exerce não só a sua autoridade, mas também o poder, na relação com o paciente. O processo de tomada de decisão é de baixo envolvimento, se baseando em uma relação de dominação por parte do médico e de submissão por parte do paciente. Em função deste modelo e de uma compreensão equivocada da origem da palavra "paciente", que tem origem grega, significando "aquele que sofre", este termo passou a ser utilizado com conotação de passividade.¹⁶

O modelo engenheiro, ao contrário do sacerdotal, segundo José Roberto Goldim, se caracterizaria por:

Colocar todo o poder de decisão no paciente. O médico assume o papel de repassador de informações e executor das ações propostas pelo paciente. O médico preserva apenas a sua autoridade, abrindo mão do poder, que é exercido pelo paciente. É um modelo de tomada de decisão de baixo envolvimento, que se caracteriza mais pela atitude de acomodação do médico que pela dominação ou imposição do paciente. O paciente é visto como um cliente que demanda uma prestação de serviços médicos.¹⁷

Já o modelo colegial, segundo o mesmo autor:

Não diferencia os papéis do médico e do paciente, no contexto da sua relação. O processo de tomada de decisão é de alto envolvimento. Não existe a caracterização da autoridade do médico como profissional e o poder é compartilhado de forma igualitária. A maior restrição a este modelo é a perda da finalidade da relação médico-paciente, equiparando-a a uma simples relação entre indivíduos iguais.¹⁸

Finalmente, José Roberto Goldim assim define o modelo contratualista:

¹⁵ VEATCH, Robert apud GOLDIM, José Roberto, id. ibid..

¹⁶ GOLDIM, José Roberto. **Modelos de relação médico-paciente**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/relacao.html>>. Acesso em: 25. mar. 2009.

¹⁷ Id. ibid..

¹⁸ Id. ibid..

Estabelece que o médico preserva a sua autoridade, enquanto detentor de conhecimentos e habilidades específicas, assumindo a responsabilidade pela tomada de decisões técnicas. O paciente também participa ativamente no processo de tomada de decisões, exercendo seu poder de acordo com o estilo de vida e valores morais e pessoais. O processo ocorre em um clima de efetiva troca de informações e a tomada de decisão pode ser de médio ou alto envolvimento, tendo por base o compromisso estabelecido entre as partes envolvidas.¹⁹

Outro aspecto importante a ser considerado no estudo da questão da ética médica diz respeito ao chamado “consentimento informado” ou “consentimento livre e esclarecido”. O consentimento informado “ [...] é um elemento característico do atual exercício da medicina; não é apenas uma doutrina legal, mas um direito moral dos pacientes, que gera obrigações morais para os médicos.”²⁰ Ele é composto por três elementos básicos - competência ou capacidade, informação e consentimento -, devendo ser visto como um processo e não como um evento, tendo seu conceito sido elaborado dentro de um contexto ético, legal e moral.

Segundo José Roberto Goldim, para fins de pesquisa na área médica, oito elementos básicos o compõem:

- 1 Informação sobre o que é a pesquisa, objetivos, duração do envolvimento e tipos de procedimentos destacando quais são experimentais;
- 2 Riscos e desconfortos;
- 3 Benefícios;
- 4 Alternativas, se existirem;
- 5 Confidencialidade;
- 6 Compensação, se houver, do tratamento, caso ocorram danos;
- 7 Identificação de uma pessoa para contato; e,
- 8 Voluntariedade na aceitação e possibilidade de abandono sem restrições ou conseqüências.²¹

Nesses casos, para o mesmo autor podem, ainda, ser acrescentados outros seis elementos opcionais, ao chamado “termo de consentimento informado”:

1. Informação de que riscos não previstos podem ocorrer;

¹⁹ Id. *ibid.*..

²⁰ GOLDIM, José Roberto. **Consentimento informado**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/consinf.html>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

²¹ Id. *ibid.*..

2. Quais as circunstâncias para retirar um paciente do estudo;
3. Quais são os custos adicionais gerados pela sua participação;
4. Informações sobre a descontinuação prematura;
5. Garantia do fornecimento de novas informações que forem geradas ao longo da pesquisa;
6. Tamanho da amostra a ser estudada.²²

Uma abordagem abrangente para o consentimento informado, segundo José Roberto Goldim, constaria de três etapas, envolvendo sete elementos do processo:

I Pré-Condições:

- o 1 capacidade (para entender e decidir);
- o 2 voluntariedade (na decisão);

II Elementos da Informação:

- o 3 explicação (informações sobre riscos e benefícios);
- o 4 recomendação (proposta de alternativa mais adequada);
- o 5 compreensão (dos termos 3 e 4);

III Elementos do Consentimento:

- o 6 decisão (em favor de uma opção, dentre no mínimo duas propostas);
- o 7 autorização.²³

Vê-se, portanto, que as três esferas de responsabilidade médica se encontram, na verdade, em círculos concêntricos. Ou seja, não pode haver uma falta penal, uma infração penal, que não seja também uma infração ética. A responsabilização civil, a cobrança dos danos, dos prejuízos efetivos materiais ou dos danos morais, estão na esfera civil e, também, têm uma grande área de interpenetração com a Ética.

Em relação à esfera ético-disciplinar, pode-se dizer que ela, na verdade, é subjacente às demais, estando quase sempre presente nas infrações penais e civis. Disto decorre que hoje, na área da Medicina, os médicos e os biólogos já não se satisfazem apenas com a deontologia ou a sua consciência profissional e esperam que o Direito defina com segurança o que é lícito e o que é ilícito.

²² GOLDIM, José Roberto. **Consentimento informado**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/consinf.html>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

²³ Id. *ibid.*..

Numa época em que se difunde a responsabilização penal e civil dos atos médicos, tais profissionais têm a consciência de que já não basta uma Ética corporativa para legitimar a prática científica. Ou seja, há uma tendência a um chamado ao Direito, para que ele venha positivar, tornar posta, explícita, o que é uma falta ético-disciplinar.

Em 06 de maio de 2009, o Conselho Federal de Medicina (CFM) aprovou a Resolução nº 1.897/2009, publicada no DOU desta mesma data, contendo o Código de Processo Ético-Profissional, de observância obrigatória por todos os Conselhos de Medicina.²⁴

Por sua vez, a normalização da responsabilidade ético-disciplinar do médico está posta no Código de Ética Médica. Atualmente está em vigor o que foi aprovado pela Resolução CFM nº 1.931/2009, de 17 de setembro de 2009, publicado no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90.²⁵

O Capítulo I – Princípios Fundamentais – do Código de Ética Médica dispõe, em seu inciso I, que a Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem discriminação de qualquer natureza. O inciso II diz que o alvo de toda atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor da sua capacidade profissional.

Uma característica do Código de Ética Médica é a enunciação de vedações. Há uma longa enunciação de vedações, desde o art. 1º até o art. 118, sem a estipulação das sanções correspondentes. Nisso o Código se afasta do modelo positivista legal, porque a cada infração corresponderia uma sanção, imediatamente depois da estipulação da infração. Isso sobrepõe a responsabilidade dos Conselhos Regionais de Medicina que são aqueles que deverão ponderar qual a sanção correspondente a cada tipo de infração.

²⁴ BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <<http://www.portal.medico.org.br/novoportal/index5.asp>> Acesso em: 12 out. 2009.

²⁵ Id. *ibid.*.

As sanções disciplinares do médico estão previstas no art. 22 da Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá, outras providências.

Segundo José Renato Nalini, essas sanções possuem a seguinte gradação:

Começam com a advertência confidencial em aviso reservado; passam para a censura ainda confidencial em aviso reservado; depois para uma censura pública em publicação oficial; para uma suspensão do exercício profissional por até trinta dias e finalmente para a mais grave, que é a cassação do registro profissional, *ad referendum* do CFM. A atribuição sancionatória é do Conselho Regional em que o médico estava inscrito ao tempo da infração, do fato punível, ou daquele Conselho em cuja área de atribuição aconteceu a infração, se o exercício da Medicina era temporário.²⁶

No tocante à suspensão e à cassação do registro profissional, vale ressaltar que essas infrações ético-disciplinares solicitam que o Conselho, provocado por qualquer interessado ou por ofício, submeta o infrator a um processo ético-profissional, com a observância de todos os princípios legais do contraditório e da ampla defesa.

O aspecto ético de tais sanções, também é nítido no entendimento de José Renato Nalini:

[...] o médico responsável por uma falta grave no âmbito de suas funções merecerá um afastamento compulsório, ainda que temporário, da missão de exercer a Medicina. Diante de uma falta gravíssima, essa vedação ao exercício poderá ser definitiva, com a cassação de seu registro profissional. O que ocorre é que a falta de parâmetros definidos faz com que essas sanções sejam aplicadas apenas nas situações-limite, porque as infrações ético-disciplinares constituiriam aquilo que no Direito Penal se chama de “norma penal em branco”.²⁷

Continua o mesmo autor, em suas reflexões sobre o assunto:

Compreende-se que não se pretenda privar a população do serviço essencial da Medicina, principalmente quando há vastas regiões com deficiência de médico, num país continental como o Brasil. Mesmo assim, no exame de atuação dos Conselhos,

²⁶ NALINI, José Renato. **Responsabilidade ético-disciplinar do médico: suspensão e cassação do exercício profissional**. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/manuais/XII_encontro/responsabilidade_etico_disciplinar.php>. Acesso em: 25 mar. 2009.

²⁷ Id. *ibid.*..

se verifica que os casos mais graves têm gerado suspensão ou cassação do registro. Por isso é muito importante que os Conselhos sejam ponderados, serenos e equilibrados, pois a atuação desse órgão colegiado tem uma relevância grande para o destino individual dos profissionais e, a aplicação das sanções extremas, precisa ser consentânea com a realidade.²⁸

Dentre os fatores que podem influir e interferir, também, no juízo de apreciação executado pelos Conselhos, existem algumas causas que podem influenciar o colegiado quando ele estiver examinando uma infração imputada a um médico, antes de aplicar a sanção da suspensão ou da cassação do registro.

José Renato Nalini faz sobre essas causas, as seguintes considerações.

A primeira delas – e talvez a mais importante – é a influência da mídia. Vive-se hoje uma era chamada por alguns filósofos de “sociedade espetáculo”, caracterizada por uma divulgação nunca vista de fatos considerados deprimentes. [...] O exercício da Medicina é um campo fértil para a exploração dessa morbidez. A mídia busca, no rol dos eventos sociais a exceção, a ocorrência extravagante, com forte fascínio e forte apelo emocional. Corre em busca da versão factual da atitude humana, com o duplo interesse pela denúncia e pela promoção de venda da notícia. Em regra, despreza as causas concorrentes mais expressivas como, por exemplo, a má formação profissional, o ambiente adverso em que atua um médico, a demanda assustadora aos órgãos de assistência médica, os baixos padrões da saúde pública, etc. [...] Desconsidera tudo isso. Quando descobre que há um problema envolvendo um médico, quer mais é divulgar e esse profissional é automaticamente punido, sancionado, porque aquela divulgação é uma pena em si: o seu universo já toma conhecimento do fato e, antes de qualquer apreciação, ele já terá sido execrado. Ainda que depois venha a ser inocentado, a notícia não vai merecer o mesmo destaque, porque não é mórbida. Será contida em poucas linhas, que não irão refazer o prejuízo causado à sua honra pessoal e à de sua família.²⁹

Outro efeito que pode orientar os colegiados dos Conselhos Regionais e influenciar no seu julgamento é a apuração judicial da falta. Se judicialmente essa infração já tiver sido apenada, isso pode influenciar o colegiado. Na verdade, as esferas são autônomas, mas se correlacionam de alguma maneira.

²⁸ Id. *ibid.*..

²⁹ NALINI, José Renato. **Responsabilidade ético-disciplinar do médico: suspensão e cassação do exercício profissional**. Disponível em: <[http:// www.bioetica.org.br/manuais/XII_encontro/responsabilidade_etico_disciplinar.php](http://www.bioetica.org.br/manuais/XII_encontro/responsabilidade_etico_disciplinar.php)>. Acesso em: 25 mar. 2009.

José Renato Nalini, assim se expressa com relação à apuração judicial da falta:

Uma constatação fática que não pode deixar de ser feita é que a Justiça é muito mais lenta do que a esfera de apuração administrativa. Mas, eventualmente, o fato da infração ter sido levada a conhecimento da Justiça pode influenciar o Conselho. Há algumas décadas, haviam poucos processos envolvendo médicos, só que hoje eles são freqüentes, crescendo assustadoramente. O motivo é explicável: todos os danos materiais tendem a se transformar em pleito judicial. Não se pode recusar que a morte traz um dano material, como, por exemplo, a interrupção do sustento de uma família, cujo chefe tenha falecido por erro médico, bem como lesões corporais, defeitos físicos, danos estéticos, hospitalização desnecessária e gastos forçados podem advir da assistência ao paciente prestada por um profissional de reduzida técnica.³⁰

Alguns desses casos têm boas possibilidades de êxito para quem recorrer à Justiça e o fenômeno contemporâneo do demandismo vai com isto adquirindo considerável proporção. A partir de 1988, com a chamada Constituição Cidadã, o Judiciário passou a ser ainda mais acionado para examinar todas as lesões ou ameaças a direitos. E um deles é o direito à indenização por dano moral. Ao mesmo tempo essa própria sociedade de espetáculo é egoísta e narcisista: há uma exacerbada preocupação com a própria imagem, com a sensibilidade, com o ego, e isso leva a se ter muitos prejudicados, devido às elevadas quantias que são postuladas a título de indenização por dano moral.

No tocante à onda indenizatória que assistimos na sociedade, José Renato Nalini assegura que:

As pessoas por vezes são muito exageradas em avaliar o seu prejuízo moral e pedem quantias muito grandes. Em outros países, tais demandas constituem mais do que um fantasma: é uma concreta ameaça ao exercício da Medicina. [...] nos Estados Unidos, os médicos têm extremo pavor desse demandismo. O fato de o pleito já ter sido levado a juízo pode fazer com que os Conselhos Regionais examinem com outros olhos a mesma falta levada ao seu conhecimento.³¹

³⁰ NALINI, José Renato. **Responsabilidade ético-disciplinar do médico: suspensão e cassação do exercício profissional**. Disponível em: <[http:// www.bioetica.org.br/manuais/XII_encontro/responsabilidade_etico_disciplinar.php](http://www.bioetica.org.br/manuais/XII_encontro/responsabilidade_etico_disciplinar.php)>. Acesso em: 25 mar. 2009.

³¹ Id. *ibid.*..

A jurisprudência dos tribunais tem indicado uma série de ocorrências relativas ao erro médico.

Com relação ao mesmo, esse autor considera que:

[...] além de ter sido levadas ao conhecimento da Justiça, também são faltas ético-disciplinares, [...] que poderiam determinar ao médico a suspensão do seu exercício profissional ou a cassação definitiva de seu registro. [...] Trata-se de casos verídicos, como fazer operação não-urgente sem instrumental necessário; continuar tratamento que causa perturbação anormal no paciente; atar muito forte e demoradamente um membro, provocando gangrena e posteriormente a sua amputação; omitir normas de higiene e assepsia; esquecer corpo estranho no organismo do paciente; manter o paciente em tratamento com irradiação sem necessidade, causando radiodermite; fazer cirurgia plástica sem verificar a natureza da pele e a proporção dos riscos; seccionar nervo facial da criança, ao proceder à uma operação cesariana; receitar medicamentos sem verificar a idiossincrasia do paciente para com aquele, provocando choque anafilático e a morte; enganar-se na dosagem do medicamento ou não prescrever ao doente regime dietético apropriado. [...] É obvio, então, que precisaríamos disseminar o conhecimento de que o erro é humano, tanto no âmbito do universo médico como no universo jurídico. O errar é próprio da condição humana e, às vezes, é preciso errar muito para se chegar a um acerto. É evidente que nem todo erro mereceria suspensão ou cassação do registro profissional. Apenas os erros inescusáveis embora, sob uma certa ótica, qualquer erro possa representar uma falta ética, porque resulta de desatenção ou de imperícia, e esta se traduz por falta de preparo. O primeiro erro ético em qualquer profissão – que na Medicina é muito mais grave – é não se manter atualizado, não estudar o suficiente. Trata-se de uma ciência tão complexa que, a cada oito anos, tem o seu conteúdo programático significativamente superado.³²

Por outro lado também poderiam influenciar no julgamento do Conselho fatores tais como a relevância da vítima e o fato de que alguns médicos são chamados a dar entrevistas sobre qualquer assunto, se tornando alvo fácil em decorrência desta fama alcançada na mídia. Há que se considerar, também como complicador da questão, que por um mal compreendido sentido de solidariedade profissional, é extremamente difícil se obter que um médico, depondo ou periciando, assuma na maioria das vezes uma posição clara no sentido de comprometer um colega.

³² NALINI, José Renato. **Responsabilidade ético-disciplinar do médico: suspensão e cassação do exercício profissional**. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/manuais/XII_encontro/responsabilidade_etico_disciplinar.php>. Acesso em: 25 mar. 2009.

Se tomarmos como base apenas o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP), veremos que “[...] de 2000 a 2005 o número de denúncias recebidas pelo CREMESP aumentou cerca de 70%. Em 2000 foram recebidas 2.226; em 2005 foram registradas 3.855.”³³

Dentre as denúncias, cerca de 25% envolveram supostos atos médicos caracterizados como imperícia, imprudência e negligência do profissional, podendo representar potencial prejuízo à saúde e à vida do paciente. A maior parte das denúncias estava relacionada à insatisfação diante de determinado atendimento, à publicidade e propaganda irregulares, aos problemas com atestados e perícias médicas, às dificuldades de relacionamento entre colegas de profissão, entre médicos e empregadores também médicos, dentre outras situações.

Com relação às denúncias encaminhadas formalmente ao CREMESP e que são transformadas em sindicâncias, tem-se que:

[...] destas, de 10 a 15% tornam-se processos ético-disciplinares que, após minuciosa instrução, são levados a julgamento. Em aproximadamente 50% dos casos os médicos são considerados culpados. Nestes casos, diante de infração ética comprovada, podem sofrer penas que vão desde a advertência sigilosa até a cassação do exercício profissional. No período de cinco anos, de 2000 a 2005, foram instaurados cerca de 3.000 processos ético-disciplinares. [...] O aumento do número de médicos, a maior demanda por assistência à saúde, a maior conscientização da população quanto aos seus direitos e a constante melhoria da prestação de serviços por parte do CREMESP explicariam, em parte, o aumento do número de denúncias. [...] No entanto, o crescimento de denúncias também está ligado à má formação dos médicos e às deficiências no ensino. Tem chamado a atenção do CREMESP o número expressivo de médicos inexperientes, com pouco tempo de atuação profissional, na relação dos denunciados.³⁴

Pelas estatísticas, portanto, vê-se que os Conselhos estão cumprindo a sua missão, analisando as falhas, conhecendo as denúncias e que as penas têm sido aplicadas. Muito mais importante do que essa constatação talvez seja a abordagem

³³ BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=BuscaCanalAcademico¬a=158>>. Acesso em: 12 out. 2009.

³⁴ Id ibid..

sobre o que fazer. O que pode ser feito para reverter essa preocupante curva ascendente de infrações ético-disciplinares imputadas aos médicos?

Dentre os diversos fatores que podem ser elencados para explicar tal situação, não se pode deixar de considerar que a multiplicação de Faculdades de Medicina tem atuado em desfavor do prestígio da profissão e que as já existentes deveriam ser estimuladas a incentivar o estudo de casos, a vivência da ética profissional e a realizar reciclagens periódicas e permanentes. Precisaria também que os órgãos de classe fossem mais solidários nesse acompanhamento, ou seja, divulgassem com mais ênfase as penalidades a que o profissional poderá estar sujeito, o que faria com que muitos deles repensassem o seu método de atuação.

Seria interessante, ainda, examinar-se as especialidades com o maior número de processos disciplinares instaurados e se fazer um trabalho focado, divulgando-se os temas que mais ensejaram a instauração de processos disciplinares.

O fato de haver a previsão de penas mostra que a responsabilidade do médico é muito grande, porque o mesmo fato poderá ensejar três ordens de apuração: na esfera ético-disciplinar; na esfera administrativa, já que será julgado pelo seu Conselho Regional de Medicina; e na esfera de apreciação penal, onde um promotor de Justiça poderá denunciá-lo pela mesma falta, e as sanções serão outras, previstas no ordenamento penal, disso advindo também um pedido de indenização por danos materiais ou morais na esfera cível.

Como se pode ver, o campo ético é muito mais amplo do que o do Direito. Tanto que o Direito é chamado por muitos juristas como “o mínimo ético”. Mas algo que precisa estar presente na consciência de cada médico, é que não existem infrações penais ou administrativas que não sejam também infrações éticas.

Finalizando, pode-se dizer que há a necessidade de uma reflexão ética por parte de todos os envolvidos no assunto. Não só por parte dos profissionais da Medicina e do Direito, mas também por parte da própria sociedade como um todo.

Nesse contexto, José Renato Nalini atribui a Albert Einstein a seguinte frase:

“[...] devemos ter o cuidado de não fazer do intelecto o nosso Deus. Ele, sem dúvida, tem músculos fortes, mas nenhuma personalidade. Não é capaz de conduzir, pode apenas servir. O intelecto tem um olho aguçado para métodos e ferramentas, mas é cego quanto a fins e valores”.³⁵

Talvez os melhores profissionais não padeçam de falha técnica, mas de falta de um pouco de humanismo, aqui entendido como a idéia de que os médicos precisariam deixar de ser tão tecnicistas em suas atuações, tornando-se um pouco mais humanos no trato dos pacientes, considerando-os cada vez mais como um todo indivisível, ou seja, como seus semelhantes, dotados de anseios, desejos, temores e angústias.

Assim, se fosse melhorada a sua capacidade de comunicação com a sua clientela, grande parte do problema seria minimizado, visto que algumas dessas infrações decorrem, muitas vezes, de uma falha de comunicação na relação médico-paciente.

Finalmente, cabe ressaltar que, na área militar especificamente, as Comissões de Ética Médica existentes atualmente nas OMS têm atribuições não somente opinativas, educativas e fiscalizadoras do desempenho ético da medicina dentro do estabelecimento, mas também atuam como controles de qualidade das condições de trabalho e da prestação de assistência médica, sugerindo e acompanhando as modificações necessárias, além de prestar a devida assessoria à Direção das mesmas.

Tais Comissões, compostas por três a cinco Oficiais Médicos nomeados por ato do Diretor da OMS, analisam toda e qualquer queixa ou denúncia relacionada à ética médica, envolvendo os profissionais que nelas trabalham, encaminhando posteriormente os respectivos processos técnico-profissionais às Diretorias de Saúde das Forças Singulares para análise e parecer, como preconizado na Lei nº 6.681, de 16 de agosto de 1979.

³⁵ NALINI, José Renato. **Responsabilidade ético-disciplinar do médico: suspensão e cassação do exercício profissional.** Disponível em: <[http:// www.bioetica.org.br/manuais/XII_encontro/responsabilidade_etico_disciplinar.php](http://www.bioetica.org.br/manuais/XII_encontro/responsabilidade_etico_disciplinar.php)>. Acesso em: 25 mar. 2009.

3 A QUESTÃO DAS RESPONSABILIDADES CIVIL E PENAL DO MÉDICO

No Direito Brasileiro existem duas formas de responsabilidade da pessoa: a responsabilidade civil e a responsabilidade penal. A responsabilidade penal decorre da infração de uma norma de direito público (Código Penal Brasileiro).³⁶ Assim, quem sofre o dano é a sociedade. Sua finalidade é punir o agente causador do dano. Já a responsabilidade civil decorre da infração de uma norma de direito privado (Código Civil Brasileiro).³⁷ Assim, o interesse lesado, nesse caso, é do particular. Sua finalidade é o ressarcimento e a reparação do dano.

As duas formas de responsabilidade, embora digam respeito a ramos totalmente diversos do Direito, estão intimamente ligadas. No tocante à responsabilidade, vale ressaltar inicialmente que, como qualquer outra pessoa ou profissional, submete-se o médico às responsabilidades penal e civil em consequência dos atos lesivos que pratique em relação aos pacientes, sejam eles dolosos ou culposos, muito embora não se deva admitir, em condições normais, qualquer lesão ou, eventualmente, o evento morte, que tenha sido causado por um médico de forma dolosa.

A diferença entre “dolo” e “culpa”, segundo Damásio E. de Jesus, é que no dolo “[...] o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”³⁸ e na culpa, em função de circunstâncias, pode ocorrer esse resultado que o “[...] agente não queria, mas assume o risco de que possa se dar.”³⁹ Nas infrações da segunda espécie, ou seja, nas culposas, desconsiderados os delitos próprios à profissão, como os de violação do segredo profissional, omissão de notificação de doença, exercício ilegal da Medicina e falsidade de atestado médico, todas estão previstas no Código Penal.

Essa responsabilização vem desde a antiguidade, pois eles distinguiam nitidamente o erro resultante de prática ilícita, do decorrente da falta cometida pelo médico, punindo-se então pela negligência ou imperícia, como constava das institutas de Ulpiano. Afirmava Ulpiano, segundo Miguel Kfoury Neto, que “assim

³⁶ BRASIL. **Código Penal**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

³⁷ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Rideel, 2002.

³⁸ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 284.

³⁹ Id. *ibid.*, p. 289.

como não se deve imputar ao médico o evento da morte, deve-se imputar-lhe o que houver cometido por imperícia.”⁴⁰

Por outro lado, no sistema penal brasileiro de 1890, considerava-se a responsabilidade do médico presumida: só pelo fato dele exercer a Medicina já era considerado pela legislação como presumidamente culpado pelo resultado daqueles atos que praticasse. No Código Penal em vigência atualmente “essa responsabilização decorre apenas de dolo e de culpa. Assim o médico será responsabilizado tanto nos crimes dolosos, como nos casos de crimes culposos.”⁴¹

O erro médico, em tese, tem sido tratado na justiça penal brasileira, como o exercício culposo de uma atividade. Esse tratamento encontra o seu ponto de equilíbrio em dois fundamentos básicos: primeiro, a comprovação das provas cabe ao reclamante. Em segundo lugar, a acusação se concretiza apenas depois da comprovação de alguns itens, tais sejam: a condição legal do médico que atendeu o paciente, ou seja, diploma apostilado pelo Ministério da Educação e registrado no CRM do Estado em que exercer a profissão; ter ocorrido aquele dano que é alegado pela dita vítima; e, finalmente, existir o ato médico que o produziu. Ato médico, segundo definição do CFM, “[...] é todo procedimento técnico-profissional praticado por médico legalmente habilitado.”⁴²

Deve-se observar também a prática sem a cautela necessária à situação, se constituindo assim em um ato positivo, no qual o agente atua com precipitação, insensatez ou inconsideração, por já não atentar para a lição dos fatos ordinários, não atender às circunstâncias especiais do caso, como também não perseverar no que a razão indica. Como exemplo de conduta imprudente, considerada por

⁴⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 31.

⁴¹ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Responsabilidade penal e civil resultante de lesões corporais e do homicídio culposo no exercício da profissão médica. Interdição do exercício profissional. Dano material e dano moral**. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/manuais/XII_encontro/responsabilidade_civi_medicos_lesoes_corporais....>. Acesso em: 27 mar. 2009.

⁴² BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <<http://www.portal.medico.org.br/novoportal/index5.asp>> Acesso em 20 mar. 2009.

Damásio E. de Jesus como sendo a “[...] prática de um fato perigoso”,⁴³ podemos citar a realização de um ato cirúrgico arriscado.

Por sua vez a negligência, segundo o mesmo autor, “[...] é a ausência de precaução ou indiferença em relação ao ato realizado.”⁴⁴ O agente será negligente quando não estiver se valendo das cautelas de que a situação necessita, como, por exemplo, na hipótese de o médico usar material cuja esterilização esteja com problemas, sem que tenha previamente tomado as providências necessárias à utilização do mesmo.

A imperícia, segundo o mesmo doutrinador, consiste “[...] na falta de aptidão para o exercício de arte ou profissão.”⁴⁵ Para ser observada, não basta o insucesso do tratamento. É necessária a comprovação de um erro inescusável. Nesses casos, o médico haverá de incidir em conduta que não poderia ser ignorada por um técnico ao qual se conferiu idoneidade para o exercício profissional. Ressalte-se, todavia, que a limitação da inteligência, a deficiência de cultura, prática, intuição, capacidade e observação, não podem, por si mesmas, constituir imperícia. Para que constitua elemento da culpa, ela deve resultar como uma condição conhecida pelo próprio agente e como obstáculo voluntariamente descuidado.

Age com imperícia quem desconhece o trabalho que realiza, como aquele que, exercendo a profissão, não possui o conhecimento teórico e prático necessário. Assim, incorrendo a ignorância, não haverá propriamente imperícia, senão um erro profissional insusceptível de punição, pois ele é escusável no caso.

Vale, também, se considerar que, desde os anos oitenta, o Código Penal Brasileiro instituiu a possibilidade de substituição de penas detentivas – ou penas privativas de liberdade – por outras sanções que têm também a natureza de pena. Especificamente no assunto que interessa aos médicos, o art. 47, inciso II do Código Penal estabeleceu, no caso de condenação, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependa de habilitação especial, licença ou autorização do poder público.

⁴³ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 294.

⁴⁴ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.. 294.

⁴⁵ Id. *ibid.*.

Vale ressaltar acerca do assunto, o que nos ensina Antonio Carlos Mathias Coltro:

No sistema penal anterior, além da pena privativa de liberdade, o juiz podia aplicar outra pena, justamente a da suspensão do exercício profissional, também em função do tipo do ato criminoso ou delituoso por ele praticado. Hoje isso é proibido. A suspensão do exercício profissional se transmutou em pena autônoma e o juiz tem a opção: ou aplica a lei privativa de liberdade ou então a substitui por uma pena que, na verdade, vem impedir que o médico [...] fique proibido de praticá-la.⁴⁶

Nessa linha de raciocínio, continua Antonio Carlos Mathias Coltro:

Nessa hipótese existe uma circunstância pior do que a própria pena privativa de liberdade, porque, dependendo do tipo de pena que o médico ou que a pessoa que é condenada sofrer, ela poderá receber o *sursi*. Ou, dependendo do crime que tiver sido praticado, se poderá aplicar a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, do Juizado Especial Criminal. De acordo com tal Lei, é possível, dentro do sistema penal brasileiro, a realização da chamada “transação penal”, pela qual aquele que é suposto como autor do fato, concorda em receber uma pena de multa ou um outro tipo de pena restritiva de liberdade, para não se submeter ao processo ou então – se aplicado o art. 89 desta Lei – a pessoa concorda com a suspensão do processo pelo prazo de dois anos, desde que não se envolva com qualquer outro fato delituoso ou não pratique nenhuma das condições propostas pelo promotor e aceitas pelo juiz, durante esse período.⁴⁷

Já no tocante à responsabilidade civil do médico, esta é uma questão que tem suscitado muitos questionamentos e controvérsias.

Hans Kelsen, ajuda-nos a entender a responsabilidade civil:

O indivíduo é obrigado a não causar a outrem qualquer prejuízo com sua conduta mas, no caso de, com essa causar a outrem um dano, tem que indenizar esse prejuízo. Na sua concepção, há dois deveres: como um dever principal – não causar prejuízo – e, como dever subsidiário – ressarcir os prejuízos causados. [...] A indenização compulsória do dano surgirá quando o dever de ressarcir-lo espontaneamente não

⁴⁶ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Responsabilidade penal e civil resultante de lesões corporais e do homicídio culposo no exercício da profissão médica. Interdição do exercício profissional. Dano material e dano moral.** Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/manuais/XII_encontro/responsabilidade_civi_medicos_lesoes_corporais....>. Acesso em: 27 mar. 2009.

⁴⁷ Id. *ibid.*..

for cumprido, sendo imposta, como sanção, através do órgão aplicador do Direito.⁴⁸

Miguel Kfoury Neto, fazendo em sua obra uma revisão histórica da responsabilidade civil médica, cita que:

A responsabilidade civil recebeu do Direito Romano os princípios genéricos que mais tarde seriam cristalizados nas legislações modernas. No Egito, [...] eles possuíam um livro contendo todas as regras de obediência obrigatória pelos médicos. Vamos encontrar na Grécia antiga, o primeiro estudo mais aprofundado nesse campo da Medicina, no Século V a.C., com a existência do “ [...] *Corpus Hippocraticum*, de construção filosófica aristotélica, que contém noções de uma Medicina não apenas empírica, mas permeada por elementos racionais e científicos.⁴⁹

Genival Veloso de França, por sua vez, ao tratar do mesmo assunto, considera que:

Um aspecto que não pode ser esquecido na atualidade, é a mudança do relacionamento entre o médico e o paciente. A responsabilidade médica pode ser definida [...] como a obrigação que podem sofrer os médicos em virtude de certas faltas por ele cometidas no exercício de sua profissão, faltas essas que geralmente comportam uma dupla ação: civil e penal.⁵⁰

No âmbito legal, além dos Códigos Civil e Penal preverem indenizações e penas contra o médico culposos, mais recentemente vieram se somar a eles a Constituição Federal (CF), reconhecendo o dano moral, e também o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Todos, numa fiscalização acirrada dos erros médicos, fazendo evoluir a jurisprudência no sentido condenatório do médico a valores muitas das vezes vultosos.

A responsabilidade civil importa na obrigação de uma pessoa indenizar o dano causado a outrem. O interesse em restabelecer o equilíbrio patrimonial ou moral decorrente do dano é a causa motriz geradora da responsabilidade civil. Segundo

⁴⁸ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 138.

⁴⁹ Kfoury Neto, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 28-34.

⁵⁰ França, Genival Veloso de. **Direito médico**. 7. ed. São Paulo: Fundo Editorial BYC, 2001, p. 240-241.

Miguel Kfouri Neto, “[...] três teorias são apontadas como fundamento da responsabilidade patrimonial: a subjetiva, a objetiva e a do risco exacerbado.”⁵¹

Pela teoria subjetiva, fundada na culpa, deve o lesado comprovar a ação ou omissão que desencadeou o dano. A culpa tem sido compreendida como erro de conduta. Consiste na infringência ou inobservância, ainda que não intencional, de um dever, estabelecido por um contrato ou genericamente pela lei. E o encargo imposto à vítima de demonstrar a culpa do agente é o maior problema que surge nos casos concretos. De regra, esse ônus da prova redundará em dificuldades tais que a vítima culmina por não alcançar, muitas vezes, a efetiva reparação desejada.

Na teoria objetiva domina a idéia de responsabilidade, independente da comprovação da culpa. A vítima não fica obrigada à prova da subjetividade. Destarte a sua posição processual, em decorrência da liberação da prova da culpa, fica mais consentânea com a realidade presente, bastando-se provar o nexo de causalidade existente entre o ato principal e o dano.

Pela teoria do risco exacerbado a responsabilidade deriva do exercício da atividade perigosa. Em havendo o dano decorrente do exercício da atividade perigosa, o lesado não está adstrito a demonstrar nele a culpa nem a relação causal, bastando à indenização que se comprove o dano.

O médico assume a responsabilidade a partir do diagnóstico clínico ou laboratorial, uma vez que de sua constatação decorrerão todas as medidas terapêuticas a serem adotadas. A medicação, os exames suplementares que implicam maior ou menor risco e, finalmente, a intervenção cirúrgica, quando necessária, só atingem seu objetivo se corretamente aplicados ao caso específico.

A obrigação do médico não é a cura, mas uma prestação de serviços conscienciosos, utilizando-se para tal dos meios científicos disponíveis para melhor atender ao paciente, o que juridicamente se denomina de "obrigação de meio". Portanto, o ato médico “[...] pela sua complexidade e conjuntura, comporta, em geral,

⁵¹ KFOURI NETO, Miguel. Op cit., p. 44 et seq.

uma obrigação de meio ou de diligência, onde o objetivo do contrato traduz-se pelo empenho do profissional, sem o comprometimento com o resultado.”⁵²

A responsabilidade civil do médico já estava presente nas primitivas legislações, segundo Miguel Kfouri Neto:

O primeiro documento histórico que trata do problema do erro médico é o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.), que também contém interessantes normas a respeito da profissão médica em geral. Basta dizer que alguns artigos dessa lei (215 e ss.), estabeleciam para as operações difíceis, uma compensação pela empreitada, que cabia ao médico. Paralelamente, em artigos sucessivos, impunha-se ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão; em caso contrário, desencadeavam-se severas penas que iam até a amputação da mão do médico imperito (ou desafortunado). Tais sanções eram aplicadas quando ocorria morte ou lesão ao paciente, por imperícia ou má-prática, sendo previsto o ressarcimento do dano quando fosse mal curado um escravo ou animal.⁵³

Ela se caracteriza pela existência de ação ou omissão lesiva do médico; de dano pessoal, moral ou patrimonial e de nexo-causal, ou seja, de relação de causa (ação) e efeito (dano).

Como nos ensina Pontes de Miranda “a responsabilidade dos médicos e cirurgiões é contratual.”⁵⁴ Mas, diante de seu caráter profissional, exige a apreciação de culpa, além do cumprimento do contrato dos serviços médicos (responsabilidade contratual) e do exercício geral da profissão (responsabilidade extracontratual).

Um contrato, segundo Maria Helena Diniz, “é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes”⁵⁵ podendo ser verbal ou escrito. Um contrato escrito apenas ajuda a provar sua existência e esclarecer suas condições. Na relação médico-paciente, mesmo que não haja nada escrito, existe sempre a figura implícita do contrato.

⁵² DRUMOND, José Geraldo de Freitas. **Responsabilidade civil e penal dos médicos**. Disponível em: <<http://www.unimontes.br/aunimont/reiresci.html>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

⁵³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 29.

⁵⁴ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LIII, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 439.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 3: Direito das Coisas**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31.

A existência de um dano ressarcível, por consistir na lesão da integridade psicofísica da pessoa humana, requer a existência de culpa do agente. Quando um cliente toma os serviços profissionais de um médico, este se obriga a tratar o cliente com zelo e diligência, utilizando os recursos da sua profissão. Mas quando ocorre um dano, deve-se restabelecer o equilíbrio patrimonial, obrigando quem gerou o dano a indenizar financeiramente a outra parte.

O Código Civil Brasileiro (CCB) expõe:

Artigo 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Artigo 951 – O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. ⁵⁶

A responsabilidade legal está constituída pela necessidade jurídica e social de que todo médico arque perante as autoridades competentes e legalmente constituídas, com os ônus decorrentes de danos causados voluntariamente ou involuntariamente no exercício de sua arte, sendo o valor da indenização o reflexo da extensão dos danos.

Se age com culpa o médico, ele merece ser reprovado ou censurado por seu comportamento. E isto ocorre quando, em face das circunstâncias concretas do caso, entende-se que ele podia e devia ter agido de outro modo.

Para se verificar quanto à existência ou não de culpa, é preciso entender se a responsabilidade do médico é objetiva ou subjetiva. A responsabilidade objetiva está baseada na teoria do risco. Toda pessoa que exerce uma atividade cria um risco de dano para terceiros. Assim, caso ocorra algum dano, será obrigado a repará-lo, independente de culpa. Já a responsabilidade subjetiva está fundamentada na existência de culpa (conforme o art. 186 do CCB). Se a pessoa não agiu com culpa, não terá o dever de indenizar. Agir com culpa significa agir com imprudência, negligência ou imperícia.

⁵⁶ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Rideel, 2002.

O fato de, eventualmente, em decorrência de algum dano ou mesmo do evento morte causado a alguém, ensejar o processo criminal contra o médico, não impede a propositura, concomitantemente, da ação civil de reparação do dano contra ele. Assim, mesmo que ele seja condenado ou absolvido criminalmente, a responsabilidade civil é totalmente independente da responsabilidade criminal. Algumas vezes a pessoa é absolvida na órbita criminal por insuficiência de provas e, quando chega na ação civil, vem a ser condenada, até mesmo porque a maneira como a prova é analisada no crime é diversa da análise no cível.

Isso ocorre, porque a análise da prova no Direito Penal normalmente é feita de forma bem mais rígida do que no Direito Civil: se não ficar comprovado que, sem sombra de dúvida, aquela pessoa praticou esse ou aquele fato, ela não será condenada criminalmente. Em contrapartida, no juízo cível, desde que haja a prova de um mínimo de responsabilidade, já bastará para a condenação do réu na ação que é promovida contra ele. E nessa matéria o art. 951 do CCB, como anteriormente citado, é que estabelece a indenização pelo dano praticado.

E se, sob a ótica civil, os conceitos sobre o que seja conduta negligente, imprudente ou imperita não tenham diferença em relação ao Direito Penal, há uma distinção básica entre um e outro ramo de Direito, segundo a natureza da culpa. Enquanto no Direito Penal ela é examinada sob o aspecto subjetivo em relação ao agente, no Direito Civil ela tem a natureza contratual, cabendo sempre à vítima a prova do dano sofrido e de ter ele advindo, então, de imprudência, negligência ou imperícia do profissional que a atendeu, existindo, portanto, sempre um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

No tocante à atividade médica, embora em algumas hipóteses a responsabilidade civil do médico seja simplesmente subjetiva, como no Direito Penal – é necessário demonstrar que o agente se houve com culpa para que possa ser responsabilizado pelo resultado que causou – normalmente, no âmbito do Direito Civil, ela decorre de um vínculo contratual que se estabelece entre ele e o paciente. A responsabilidade do médico nasce, portanto, a partir desse vínculo. Mas não é só pelo fato de existir esse vínculo contratual que o médico vai responder por eventual dano que seja causado ao paciente. É preciso demonstrar que aquele dano resultou de

imprudência, negligência ou imperícia. Até porque se pode ter aquele resultado sem que o médico tenha sido imperito, negligente ou imprudente.

Existe também uma outra hipótese em que, eventualmente, o médico pode ser responsabilizado sem a existência de qualquer contrato entre ele e o paciente. Nesse caso a responsabilidade civil é aferida pura e simplesmente de acordo com a norma do CCB prevista no art. 186, que diz que “todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Exemplo: um médico está andando na rua e, de repente, assiste a um atropelamento. Como médico e cidadão que é, aproxima-se para ajudar e ver o que pode ser feito por aquela pessoa. No momento em que está atendendo a pessoa falece. A família, neste caso, pode vir a propor uma ação contra este médico, dizendo que o falecimento ocorreu porque o atendimento não foi cercado de tudo aquilo que era necessário, além de não ter sido solicitado.

A família da vítima, então, vai precisar demonstrar que, na forma como o atendimento foi dado, houve algum tipo de imprudência, negligência ou imperícia para que o médico possa ser responsabilizado. Neste caso hipotético, não tendo havido prévia relação jurídica contratual que pudesse, desde logo, obrigar a que o médico tomasse todas as cautelas para que atingisse o resultado pretendido por ele, a responsabilidade é aferida única e exclusivamente sob a circunstância da culpa, sem se considerar a existência de um contrato.

Na questão da responsabilidade do cirurgião plástico o tema vem causando ainda grande debate e se reveste de maior complexidade, como nos ensina Antonio Carlos Mathias Coltro:

Pelo fato de se obrigar a isso, se por acaso, durante ou depois da cirurgia se verificar que o que foi feito não atingiu resultado nenhum ou algo totalmente diverso do pretendido, o médico será responsável civilmente pelo dano que ele tiver causado ao paciente. Se esse dano, inclusive, acabar por caracterizar uma lesão tipificadora de um problema psíquico ao paciente, o médico poderá ser responsabilizado até criminalmente. [...] Se o médico faz um contrato e, através dele, diz que vai corrigir aquele problema estético ou dano sofrido por conta de um acidente, que vai fazer com que aquele indivíduo fique como

era antes, se não o fizer responderá civilmente e poderá responder criminalmente.⁵⁷

Já em um caso em que o médico seja chamado para acompanhar uma pessoa que se encontra doente, aí se caracteriza um contrato de meio porque, como nos ensina o mesmo autor, “[...] o que vai fazer é dar atenção que puder como médico, procurando fazer com que aquela pessoa melhore e, eventualmente, até sare, mas não está assumindo a obrigação de curá-la.”⁵⁸

Assim, o médico pode responder pelo dano que a pessoa tenha sofrido, sob o aspecto econômico e, dependendo do que tiver ocorrido, poderá ser responsabilizado pelo dano moral, se isso também vier a ser pedido na eventual ação.

Tanto que, conforme Antonio Carlos Mathias Coltro, “[...] em vários Estados norte-americanos, atualmente, a responsabilidade pelo dano moral vem sendo tarifada, ou seja, não pode ficar aquém de um tanto e não pode ir além de um outro tanto.”⁵⁹

Finalizando, continua o mesmo autor:

No Brasil, a questão do dano moral ainda é nova, mas todo mundo pode estar entrando atualmente com uma ação pedindo não só a indenização do prejuízo que teve, como também do prejuízo moral. Muitos dizem que não há como se calcular com exatidão o valor do sofrimento. [...] Mas a jurisprudência, tanto estrangeira quanto brasileira, entende que, quando se estabelece a indenização pelo dano moral, a fixação é feita como forma de compensação por aquele problema psicológico que a pessoa passou a ter. [...] O valor é difícil de calcular. [...] A situação fica muito pior se ocorrer o evento morte. Dependendo do tipo de atividade que a vítima tinha, é feito um cálculo para ver quanto ela recebeu nos últimos 12 meses de vida, [...] até o instante em que aquela pessoa completaria 65 anos, tempo médio de vida do brasileiro. [...] Paralelamente à indenização correspondente a essa pensão, o causador do dano pode também ser acionado conjuntamente, no mesmo processo, com pedido de indenização do dano moral. [...] Vai

⁵⁷ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Responsabilidade penal e civil resultante de lesões corporais e do homicídio culposo no exercício da profissão médica. Interdição do exercício profissional. Dano material e dano moral.** Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/manuais/XII_encontro/responsabilidade_civi_medicos_lesoes_corporais....>. Acesso em: 27 mar. 2009.

⁵⁸ Id ibid..

⁵⁹ Id ibid..

ter que arcar com uma importância correspondente ao dano moral, paga sempre de uma só vez.⁶⁰

No que tange aos médicos militares, como mencionado por João Batista Fagundes em sua obra, cabe salientar que:

A absolvição no juízo criminal, não gera absolvição no âmbito disciplinar das Organizações Militares, da mesma forma como também não faz coisa julgada no juízo cível, onde, muitas vezes, cobra-se pecuniariamente a consequência patrimonial do dano causado, por quem haja sido absolvido no juízo criminal.⁶¹

⁶⁰ Id. *ibid.*..

⁶¹ FAGUNDES, João Batista. **A justiça do comandante**. 2. ed. Brasília, DF: Edição do Autor, 2003, p. 360.

4 RESPONSABILIDADE MÉDICA E O DIREITO DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 ⁶² -, inclui, no seu manto protetor, todas as relações de consumo, ou seja, as relações jurídicas em que a pessoa adquire o produto ou utiliza o serviço como destinatário final.

Assim, a atividade médico-hospitalar que tem como destinatárias pessoas físicas, está abrangida pelos princípios contidos no referido Código. Este Código, na verdade, criou um microssistema, uma sobreestrutura jurídica, de modo que, a par das regras tradicionais, a matéria ficasse também disciplinada pelas suas normas, que prevalecem em caso de incompatibilidade.

O CDC responsabiliza praticamente de forma unânime o fornecedor do serviço, de maneira objetiva, restando tão somente ao cliente comprovar o dano, a referibilidade e o nexo de causalidade. Entretanto, segundo Norma Souza Leite, quanto aos serviços dos profissionais liberais, abriu exceção, “[...] exigindo a comprovação da culpa subjetiva, tendo em vista a sua natureza *“intuito personae”*, suscitando divergências jurisprudenciais quanto à aplicação do princípio da inversão do ônus da prova.” ⁶³

A regra geral adotada pelo CDC, relativamente à responsabilidade civil dos prestadores de serviços, está estampada no caput do seu art. 14, *in verbis*:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Enquanto isso, o § 3º do mesmo art. 14 acrescenta:

O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Ele adotou, por conseguinte, como regra geral, a teoria da responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, isto é, instituiu a responsabilidade sem culpa.

⁶² BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1992.

⁶³ LEITE, Norma Souza. **Responsabilidade civil dos médicos**. Disponível em: <<http://www.direito.net.com.br/doutrina/artigos/x/98/44/984/p.shtml>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

Nele o dever de indenizar, via de regra, decorre pura e simplesmente da prestação de um serviço defeituoso, independentemente do fato de o defeito decorrer ou não de imprudência, negligência ou imperícia do prestador. Havendo defeito no serviço prestado, defeito esse que se presume, o fornecedor é obrigado a indenizar, só se livrando dessa obrigação se provar que o serviço foi perfeito, levando-se em conta a justa expectativa do consumidor e o estágio atual da ciência.

A única exceção explícita ao sistema da responsabilidade objetiva nele estabelecida foi aberta no § 4º de seu art. 14, que diz: “ A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

Os médicos, portanto, sendo profissionais liberais, embora prestadores de serviços em relações de consumo, só respondem por culpa, pelos danos causados aos consumidores.

Vale lembrar, mais uma vez que, quanto aos médicos, vigora a disciplina do art. 951 do CCB:

O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

A imprudência, como dito anteriormente, é conceito ligado ao de temeridade e consiste na precipitação, no procedimento considerado e sem cautela. Diz-se, por exemplo, que age com imprudência quem usa técnicas ainda não suficientemente testadas, ou pratica ato médico de especialidade diversa da sua, sem estar devidamente capacitado, salvo em casos de emergência.

A negligência, como também já citado, caracteriza-se pela indolência, pela inação, pela desídia, pela passividade, pela leviandade e irreflexão, pela omissão daquilo que razoavelmente se faz. Ocorre, por exemplo, pelo abandono do doente, quando o mesmo necessitava de cuidados intensivos; pela saída do plantão antes da chegada do substituto; pela omissão do pedido de exames quando eles são necessários, como por exemplo deixar de radiografar um doente traumatizado e com suspeita de fraturas.

A imperícia, por sua vez, é o despreparo técnico e a falta de habilidade. Ocorre, *verbi gratia*, quando, por exemplo, um ortopedista, ao imobilizar erradamente uma

fratura, provoca defeito físico no acidentado. É preciso, entretanto, ter presente que essas espécies se entrelaçam, sendo difícil, em certos casos, individualizá-las.

Alguns, principalmente os leigos em Medicina, vêem no erro de diagnóstico uma evidência de culpa do médico, associando-o a um sinal de imperícia, o que, na maioria das vezes, não acontece. O diagnóstico, em várias situações, é apenas uma hipótese dentro do estágio atual da Medicina. A ciência médica não é uma ciência exata. Em muitas circunstâncias os sintomas são confusos e as decisões tomadas pelo profissional se baseiam em probabilidades. Por isso o erro de diagnóstico é, em princípio, escusável ou, dito de outra forma, nos casos controvertidos, o erro na identificação da patologia do doente não deve ser tipificado como resultante de imperícia, imprudência ou negligência.

Em razão da própria falibilidade da ciência, costuma-se, portanto, dizer que a obrigação do médico é de meio e não de resultado e que o seu compromisso se resume em prestar sempre um serviço diligente e cuidadoso, de acordo com os recursos técnicos existentes, dos quais ele possa se utilizar. Quando, todavia, os sintomas são claros o suficiente para um profissional bem preparado e zeloso identificar a patologia e o médico não os analisa corretamente; ou agindo negligentemente, omite-se em fazer uma anamnese detalhada; ou, desconhecendo desarrazoadamente o seu ofício, faz um diagnóstico equivocado, é evidente que tais comportamentos tipificam a culpa e, se esta gerar um dano, haverá então o dever de se indenizar.

Outra questão tormentosa é se definir até que ponto deve o médico pedir exames para melhor firmar seu diagnóstico e, também, quando a omissão há de ser tida como negligência ou imprudência. Em face do exagero das indenizações e da facilidade com que os médicos são condenados em países como os Estados Unidos da América, sob a acusação de erro inescusável, muitos médicos, hoje em dia, naquele País, estão exagerando nas suas requisições de exames, a fim de colherem documentos contra eventuais alegações desse teor, o que tem encarecido demasiadamente a assistência à saúde prestada naquele País.

Por tal razão, se for possível realizar um tratamento seguro, com utilização, apenas, dos exames imprescindíveis, ter-se-á encontrado o ponto de equilíbrio, não só porque a elevação dos preços da assistência médica é prejudicial a toda a sociedade, mas também porque, muitas vezes, os exames requisitados são invasivos e capazes de provocar acidentes prejudiciais ao paciente.

De qualquer sorte, em caso de dúvida sobre a necessidade ou não do exame, a prudência recomenda a sua requisição, até mesmo porque, de acordo com o art. 32 do Código de Ética Médica: “ É vedado ao médico deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.”⁶⁴

Muitos doutrinadores sustentam que, por ter o CDC excepcionalizado a regra geral vigente nas relações de consumo, ao determinar que a responsabilidade dos profissionais liberais repousa na culpa, nas demandas movidas contra os mesmos, caberia à vítima a prova do ilícito cometido. Os que assim pensam defendem que, sendo o ilícito perpetrado pelo réu o fato constitutivo do direito do autor, a este competiria o ônus da prova. Para eles, portanto, aos profissionais liberais seriam aplicáveis tanto as antigas regras do direito material quanto as do direito processual, nas ações de responsabilização civil.

Outros defendem que a exceção contida no § 4º do art. 14 do CDC, ou seja, a exigência de culpa para a responsabilização, teria de ser interpretada estritamente, não sendo cabível ampliá-la a ponto de impedir a aplicação do inciso VIII do art. 6º do CDC, segundo o qual “é direito básico do consumidor a facilitação da sua defesa, com a inversão do ônus da prova, a seu favor, quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência.” Para estes últimos, quando o § 4º do art. 14 afirma que a responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a “verificação da culpa”, não diz implicitamente que essa culpa deva ser provada por quem alega o defeito do serviço.

Prevaleceria, então, o direito básico do consumidor à inversão do ônus da prova, não só porque as exceções se interpretam estritamente, mas, também, por incidir o princípio da carga probatória dinâmica, que impõe o ônus à parte que dispõe de melhores dados sobre o fato objeto da prova, no caso o médico, em virtude da hipossuficiência técnica do paciente.

⁶⁴ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.931/2009, de 17 de setembro de 2009. Dispõe sobre o Código de Ética Médica e revoga documentos.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Seção I, p. 90, 24 set. 2009.

De qualquer sorte, filiando-se o intérprete a uma ou outra corrente doutrinária, tem relevo fundamental, na questão probatória, o correto preenchimento do prontuário médico por parte do profissional médico.

Estabelece o art. 87 do Código de Ética Médica, já anteriormente citado, que: “É vedado ao médico deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente.”

Trata-se, pois, de documento obrigatório que, se requisitado, não pode deixar de ser exibido em juízo, sob pena de dever o magistrado admitir como verdadeiros os fatos que, por meio do documento, o requerente pretendia provar (art. 359 do Código de Processo Civil).

Dessa forma, se entender que o ônus da prova da correção do procedimento compete ao médico, deve ele exibir o prontuário para demonstrar que não agiu com culpa. A propósito, dispõe o art. 7º da Resolução nº 1.605, de 15 de setembro de 2000, do CFM: “Para sua defesa judicial, o médico poderá apresentar a ficha ou o prontuário médico à autoridade competente, solicitando que a matéria seja mantida em segredo de justiça.”⁶⁵

Se, ao revés, prevalecer o ponto de vista de que a prova cabe ao paciente ou aos seus familiares (isso em caso de morte), não pode deixar o médico de exibir o prontuário, se isso lhe for exigido, sob pena de presunção da veracidade dos fatos alegados pela outra parte.

Um prontuário mal feito, omissivo, parco de informações relevantes, já faz, de certa forma, presumir a negligência médica, mormente se levando em conta que tanto o prontuário médico quanto as anotações nele realizadas pelo serviço de enfermagem, em casos de internação, devem ser examinadas pelo perito nos processos em que se discute a responsabilidade civil dos médicos. Ademais, a importância de registros completos é fundamental nos casos de acompanhamento em UTI ou mesmo fora dela, quanto aos pacientes hospitalizados, para facilitar eventuais procedimentos que devam ser adotados pelo médico plantonista do hospital em casos de súbita urgência ou por um colega que deva prosseguir no tratamento do doente.

⁶⁵ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.605, de 15 de setembro de 2000. Dispõe sobre o conteúdo do prontuário ou ficha médica e revoga documento.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p. 30, 29 set. 2000.

De outra sorte, independentemente da possibilidade da utilização probatória do prontuário, de acordo com o art. 88 do Código de Ética Médica, é vedado ao médico: “Negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros.”

Sendo um direito do paciente o acesso a tal documento, nisso reside uma razão a mais para que os médicos se conscientizem da importância e do cuidado que devem ser dispensados na sua elaboração.

O art. 60, inciso III, do CDC inclui, também, entre os direitos básicos do consumidor, a “informação adequada e clara sobre os serviços, com especificação correta de suas características, bem como sobre os riscos que apresentam”.

Por seu turno, o art. 34 do já referenciado Código de Ética Médica explicita que: “É vedado ao médico deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.”

Há que se considerar também que, em muitos casos, o tratamento necessariamente causa lesões ao paciente, cabendo a este a escolha entre permanecer doente ou se submeter a uma terapia que impõe a mutilação. Nessas situações extremamente delicadas, mais que nos tratamentos sem seqüelas, a informação detalhada sobre os riscos da evolução da doença e acerca dos traumas do tratamento deve ser bem documentada.

Tem, portanto, o paciente ou o seu representante legal inquestionável direito de ser informado não só sobre a sua doença, mas, principalmente, dos riscos do tratamento a ele proposto, particularmente nos casos de cirurgia plástica. Nessas condições a falta de informação pode gerar um dano e, conseqüentemente, o dever de indenizar.

Já quando um médico receita um remédio devidamente aprovado pelos órgãos competentes, suficientemente divulgado por publicações científicas idôneas, nas dosagens recomendadas e, não obstante isso, por defeito de concepção ou de fabricação ou de comercialização, o medicamento vem causar lesões ao paciente, a responsabilidade não pode ser atribuída ao profissional que o prescreveu.

Os tipos de vícios que o remédio pode apresentar são defeitos de fabricação, de concepção e de comercialização. Os de fabricação são inerentes à própria falibilidade da produção industrial e, por isso, impossíveis de serem detectados pelo médico. Os de concepção são os de fórmula que, muitas vezes, podem afetar remédios novos e pouco testados, de modo que, havendo alternativas seguras e com bom resultado, é recomendável que os médicos evitem aplicá-los, a não ser com rigoroso acompanhamento. Caso contrário, seu comportamento é passível de ser caracterizado como imprudente. Já os defeitos de comercialização, estão representados pela insuficiência das informações técnicas fornecidas pelos fabricantes, principalmente no que diz respeito às contra-indicações e eventuais complicações provocadas pelo medicamento. Nesse caso, dificilmente o médico há de ser considerado culpado.

Por último, no tocante à cirurgia plástica estética, vale lembrar que a doutrina e a jurisprudência brasileira são unânimes em considerar tais casos como um contrato cujo objeto é uma obrigação de resultado. Assim, há presunção de culpa, se o médico cirurgião plástico não adimplir integralmente a sua obrigação (o adimplemento parcial é considerado uma não execução da obrigação pela qual se comprometeu com o paciente contratante). Cabe, pois, devido à presunção de culpa, ao médico, nos casos de cirurgia plástica estética, fazer prova de que agiu na execução da tarefa com prudência, zelo e perícia (opostos, que são, da imprudência, negligência e imperícia).

5 O MÉDICO MILITAR EM FACE DE TAIS QUESTÕES

O sistema de saúde das Forças Singulares possui especificidades que o diferenciam de qualquer sistema de saúde civil. Ele não é responsável apenas pela assistência médico-hospitalar aos militares e a seus dependentes. Quer em tempo de paz ou em guerra, seus esforços se concentram desde a seleção médica até a manutenção do material de saúde, passando pela medicina preventiva.

Nas regiões mais inóspitas, onde não existe o sistema de saúde governamental ou particular, ali muitas vezes se encontra o Serviço de Saúde das Forças Singulares. Para Ivan da Costa Garcez Sobrinho, o exercício da medicina militar se reveste de características peculiares e “[...] exige do profissional uma sólida base generalista além de conhecimentos no campo do sanitarismo, da medicina esportiva, da psicologia, da saúde pública e da medicina do trabalho.”⁶⁶

A partir da análise do Plano de Carreira e das características do Serviço de Saúde das Forças Singulares, pode-se delinear o perfil do médico militar desejável em todas as fases da carreira.

Segundo Ivan da Costa Garcez Sobrinho, duas partes fundamentais constituem o perfil desse médico:

[...] a primeira é o lado profissional, com sua formação técnica e científica na área das ciências médicas. A segunda, o militar, com formação rígida, personalidade austera, atitudes firmes, disposição plena e efetivo comprometimento, em qualquer situação, com a Instituição a que pertence.⁶⁷

Tal ambigüidade assim foi resumida pelo Marechal Mascarenhas de Moraes, herói da 2ª Guerra Mundial: “[...] conciliar a serenidade sacerdotal de quem tem a missão de amenizar o sofrimento do moribundo, com a têmpera do combatente vigoroso e audaz, é mister que revela a mais nobre das virtudes que cristaliza o perfil do soldado de Saúde.”

⁶⁶ GARCEZ SOBRINHO, Ivan da Costa. **Perfil do médico-militar**. Disponível em: <<http://www.dgp.eb.mil.br/dsau/artigos.html>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

⁶⁷ Id. *ibid.*.

O médico militar tem, portanto, um perfil profissiográfico próprio, assim entendido por Ivan da Costa Garcez Sobrinho:

Um conjunto de qualidades e de traços característicos que deve possuir o oficial, principalmente ao término de seu curso de formação, os quais serão aperfeiçoados e desenvolvidos durante suas atividades profissionais, cursos civis e nas demais escolas militares que freqüentar. Desta forma, ele resulta daquilo que a Instituição dele deseja, ou seja, dos cargos e funções que lhe serão atribuídos.⁶⁸

O médico civil, por sua vez, seria o profissional que exerce suas atividades técnico-profissionais exclusivamente no meio civil, ficando, por consequência, sujeito à ação disciplinar e jurisdicional do Conselho Regional de Medicina (CRM), no qual estiver regularmente inscrito, visto que a Lei nº 3.268/57⁶⁹, por seu artigo 15, impõe a todos os médicos sujeição disciplinar à entidade, sem abrir exceções, o que, numa interpretação ampla poderia sugerir, inclusive, que se aplicaria aos médicos militares com dedicação às Forças Armadas, o que é motivo de discussão neste trabalho acadêmico.

Em relação ao médico militar, a teor da Lei nº 6.681/79, entende-se ser aquele profissional médico que “[...] exerce suas peculiares atividades técnico-profissionais exclusivamente no meio militar, ficando, por consequência, sujeito à ação disciplinar e jurisdicional apenas da Instituição Militar à qual pertencer.”⁷⁰

De acordo com o que Ivan da Costa Garcez Sobrinho nos ensina em seu artigo já anteriormente mencionado e, com base, também, nas informações gerais constantes dos sites na Internet do Ministério da Defesa do Brasil (www.defesa.gov.br) e, no do Exército Brasileiro (www.exercito.gov.br), sabe-se que:

a. para atender às demandas das Forças Singulares, anualmente as suas Escolas de Saúde selecionam, mediante

⁶⁸ GARCEZ SOBRINHO, Ivan da Costa. **Perfil do médico-militar**. Disponível em: <<http://www.dgp.eb.mil.br/dsau/artigos.html>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

⁶⁹ BRASIL.. **Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/novoportal/index5.asp>>. Acesso em: 15 nov. 2009.

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 6.681, de 16 de agosto de 1979. Dispõe sobre a inscrição de médicos, cirurgiões-dentistas e farmacêuticos militares em Conselhos Regionais de Medicina, Odontologia e Farmácia, e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p. 11721, 17 ago. 1979.

concurso público, de âmbito nacional, profissionais de ambos os sexos e graduados em Medicina, os quais durante um ano realizam o Curso de Formação de Oficiais Médicos (CFOM), ao término do qual são nomeados Primeiro Tenentes, sendo designados para servir nas Organizações Militares de Saúde (OMS) espalhadas por todo País, observando-se suas especialidades. O Curso habilita o Oficial Médico, a integrar, como militar, o Serviço de Saúde da Força Singular, ocupando cargos e exercendo funções pertinentes a Tenentes e Capitães não aperfeiçoados;

b. desses profissionais se espera que devam estar devidamente qualificados para exercerem suas atividades técnicas específicas, atividades logísticas relacionadas com o apoio às operações bélicas e atividades administrativas da área de saúde em tempo de paz;

c. o Oficial Médico tem base suficiente para complementar sua formação, por meio do auto-aperfeiçoamento em cursos e estágios, que o habilitem ao exercício de outras funções de Oficial não aperfeiçoado, nas Organizações Militares de Saúde (OMS) e como integrante do Estado-Maior das diversas Organizações Militares (OM) operacionais ou não, e que permitam o acompanhamento das mudanças evolutivas técnico-científicas em sua área profissional;

d. ao realizar o Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais Médicos (CAO/Med) que o habilita à promoção ao posto de Oficial Superior, o Oficial Médico fica então habilitado a ocupar cargos e a exercer funções pertinentes a Capitães aperfeiçoados e Oficiais Superiores nas Companhias de Saúde dos Batalhões Logísticos e nas OMS respectivamente;

e. este Oficial Médico aperfeiçoado é capaz de realizar atividades comuns a todas as Armas, Quadros e Serviços, bem como as atividades específicas de saúde, como as atividades de instrução, adestramento e emprego operacional peculiares às OM Logísticas, dentro de um quadro tático de emprego das Brigadas e Divisões, nos diferentes ambientes operacionais do País, empregando meios aéreos, aquáticos, motorizados e blindados, além dos demais previstos nas Unidades;

f. quanto ao emprego operacional, esse Oficial está habilitado a integrar o Estado-Maior Especial das OM Logísticas e a assessorar o Comando do escalão apoiado em assuntos de saúde, em operações de guerra e de paz; planejar o emprego dos recursos humanos e materiais do Serviço de Saúde sob sua responsabilidade; coordenar, sincronizar e controlar as ações de apoio de saúde por intermédio das ligações disponíveis e assessorar o Comando da OM nos assuntos administrativos pertinentes ao Serviço de Saúde;

g. ele tem, também, em considerável nível de desenvolvimento, uma personalidade delineada por atributos que o caracterizam como líder, dotado de competência gerencial, evidenciando uma visão holística dos princípios da guerra e sua aplicação no campo tático;

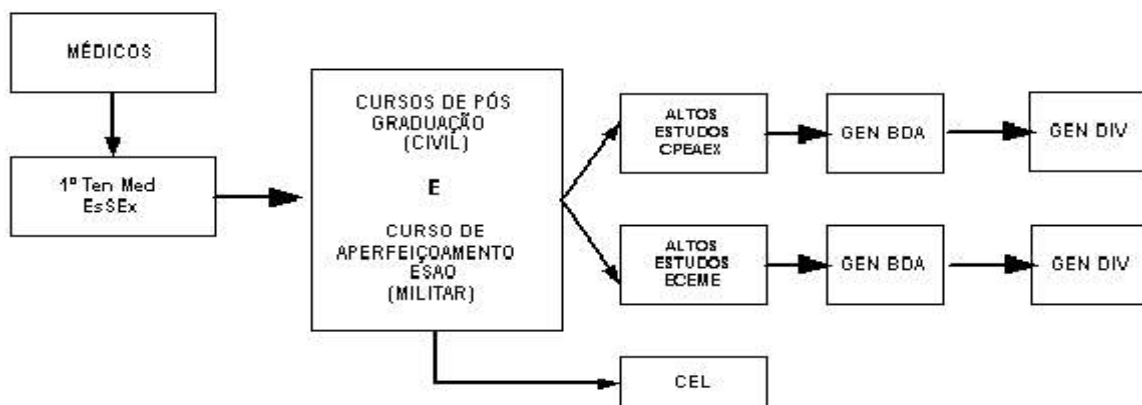
h. ao CAO/Med, os Oficiais poderão optar pela linha técnica, orientada para o ensino científico-tecnológico, mediante a realização de cursos de pós-graduação, de acordo com as necessidades da Instituição, ou pela linha administrativa, orientada para o apoio às operações bélicas e ao gerenciamento administrativo do Serviço de Saúde, em tempo de paz, mediante a realização, no caso por exemplo do Exército Brasileiro, de Cursos de Altos Estudos Militares - Curso de Chefia e Estado-Maior para Médicos (CCEM/Med) e/ou Curso de Política, Estratégia e Alta Administração do Exército (CPEAEx);

i. o concludente do CCEM/ Med, está habilitado ao exercício de cargos e funções privativos de Oficial-General Médico e de Oficiais Superiores do QEMA (Quadro de Estado-Maior da Ativa), nos Órgãos Setoriais, nos Grandes Comandos e nas Grandes Unidades. Esse profissional está capacitado ainda a ocupar e exercer cargos e funções de Comando, Chefia ou Direção de Organizações Militares de Saúde, bem como de instrutor em todos os níveis;

j. assim, aqueles que realizarem os Cursos de Altos Estudos Militares (CCEM/Med e/ou CPEAEx), poderão vir a ascender ao Generalato;

k. tendo como tarefa crítica o assessoramento às decisões de seus superiores hierárquicos, o Oficial QEMA tem, em considerável nível de desenvolvimento, uma personalidade delineada por atributos que o caracterizam como líder, dotado de competência para Comando, Chefia ou Direção, evidenciada, principalmente, no preparo para administrar quaisquer ações por mais complexas que um quadro de incertezas possa apresentar, bem como competência interpessoal, com habilidade para interagir e conviver com pessoas em todos os níveis, compondo o perfil do Comandante dotado do indispensável poder discricionário.

Fluxograma resumido de carreira do Oficial Médico do Exército Brasileiro:



Para os Serviços de Saúde das Forças Singulares bem cumprirem sua importante missão, eles necessitam contar com quadros devidamente qualificados, com habilidades básicas para o exercício dos cargos e funções que lhes são pertinentes, tais como o conhecimento técnico, aprimorado e aplicado ao meio militar, a aptidão para chefia, o espírito militar e uma ampla cultura geral.

O médico militar deve estar consciente que sua formação profissional não é um produto acabado. Inserido num mundo em constantes transformações, este profissional deve possuir elevada preocupação com o auto-aperfeiçoamento, procurando sempre se aprimorar na utilização dos recursos de saúde e na aquisição de novos conhecimentos que lhe possibilitem acompanhar a evolução da sociedade, das ciências e da profissão militar.

Segundo o dicionário do Aurélio, "ética é o estudo dos juízos de apreciações que se referem à conduta humana suscetível da qualificação do ponto de vista do bem e do mal." O conhecimento científico e a aplicação de tecnologia devem, por conseguinte, se estribar em princípios éticos que contribuam para uma relação médico-paciente efetivamente harmônica. O ensino da ética permite uma reflexão crítica sobre valores morais, regras e códigos além de criar harmonia entre conhecimentos, procedimentos e consciência profissional.

Os recentes avanços da ciência médica e da tecnologia criaram novos questionamentos aos princípios éticos em saúde como: o prolongamento da vida de pacientes agonizantes (distanásia), as conseqüências da medicina preditiva, da clonagem, do projeto genoma humano, da reprodução assistida, o problema do abortamento, do erro médico, da transferência de órgãos, dos registros informatizados de saúde e da pesquisa em seres humanos. Esses e vários outros desenvolvimentos levam a graves problemas éticos que têm grande peso na formação da decisão clínica. Apesar das atuais interrogações éticas nas práticas dos profissionais de saúde e nos debates públicos, o ensino ético permanece, de modo geral, negligenciado na formação dos profissionais médicos.

Em conseqüência, o que se observa é que as novas gerações dos profissionais de saúde têm se formado sem as condições mínimas de manejar os problemas

éticos, ou seja, sem a capacidade de bem se colocarem e de responderem a tais questões e, até mesmo, de as identificarem, quando com elas se defrontam.

No tocante à ética militar, à qual o militar de saúde também está sujeito, temos que ela “[...] é o conjunto de regras ou padrões que leva o profissional militar a agir de acordo com o sentimento do dever, a dignidade militar e o decoro da classe.”⁷¹

Na verdade, a ética profissional militar não se circunscreve aos estreitos domínios de um único documento formal. Ela se espraia num leque de abrangência que vai desde a própria Constituição Federal, onde se configura a destinação das Forças Armadas, passando pelo Estatuto dos Militares, regulamentos, planos de instrução e diretrizes, se definindo mediante a expressão de valores, crenças, princípios e tradições inerentes à vida militar.

Neste contexto, as Escolas de Saúde das Forças Singulares se constituem numa oportunidade ímpar não de formar, mas de lapidar o profissional de saúde, identificando deficiências e complementando sua formação, a fim de contarem em seus quadros, não apenas com o profissional capacitado tecnicamente, mas também completo, inclusive nos aspectos éticos.

Em relação às questões abordadas neste trabalho, tem de se considerar, como defendido por João Batista Fagundes que:

O médico militar, por força de sua formação profissional e de autorização constitucional, está sujeito a dois regimes jurídicos diferentes: à legislação de natureza militar, enquanto estiver no exercício de atividade pertinente à sua função militar e, aos Conselhos Regionais de Medicina, enquanto estiver no exercício de atividades médicas não decorrentes de sua condição de militar.⁷²

Tal conflito de jurisdição se torna mais perceptível ao nível das OMS - Hospitais e Policlínicas Militares -, as quais, por serem organizações militares, não se subordinam aos mecanismos disciplinares dos Conselhos Regionais representativos da classe médica.

⁷¹ BRASIL. **Estatuto dos Militares**. São Paulo: Edipro, 1991.

⁷² FAGUNDES, João Batista. **A justiça do comandante**. 2. ed. Brasília, DF: Edição do Autor, 2003, p. 543.

O médico quando é investido da condição de Oficial Médico das Forças Singulares - seja por ter sido convocado como Oficial Técnico Temporário (OTT) ou por ter se habilitado em concurso promovido pelas Escolas de Formação -, já era portador do competente registro no Conselho Regional de Medicina. Assim, ao ser declarado Oficial Médico das Forças Singulares, ele adquire uma nova identidade funcional, decorrente do posto e da patente militar, ambos tutelados por legislação específica, toda ela alicerçada na disciplina e na hierarquia, princípios constitucionais (art. 142 da CF) ⁷³ que regem a organização das Forças Armadas.

Por conseguinte, como nos ensina João Batista Fagundes:

Se os membros do Serviço de Saúde das Forças Armadas pertencem a esta Instituição de caráter nacional permanente e organizada com base na disciplina e na hierarquia, que tem como Comandante Supremo o Presidente da República, a responsabilidade de cada um dos seus membros para os atos praticados em razão da função militar, não pode subordinar-se fora dos parâmetros da pirâmide hierárquica, em cujo vértice coloca-se o Chefe do Poder Executivo, nem a leis ordinárias que criem outros vínculos de subordinação, diferentes destes. ⁷⁴

Se o fizesse, estaria o médico militar sujeito a ter sua conduta tipificada como crime de desobediência previsto no Código Penal Militar (CPM), além de violar preceitos éticos militares estabelecidos no Estatuto dos Militares.

Por essa razão, continua João Batista Fagundes:

O Conselho Regional de Medicina terá plena competência para aplicar o Código de Ética Médica sobre a pessoa do médico-militar, somente quando ele estiver agindo em sua atividade médica, independente de sua função militar. Se nessa condição o médico, que é também militar, cometer alguma falta grave, capaz de comprometer a dignidade de sua função militar, ele poderá ser submetido também a Conselho de Justificação, previsto na legislação militar, desde que o CRM formule contra ele acusação concreta, apontando-o como autor da mesma. O Conselho de Justificação não irá julgar o médico, mas sim a dignidade da

⁷³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁷⁴ FAGUNDES, João Batista. **A justiça do comandante**. 2. ed. Brasília, DF: Edição do Autor, 2003, p. 544.

função militar, que confere a ele o galardão do posto e da patente militar.⁷⁵

Face as peculiaridades da vida militar, uma lei específica - Lei nº 6.681, de 16 de agosto de 1979 -, destinada aos militares pertencentes ao Serviço de Saúde das Forças Singulares, tratou de estabelecer nítida diferença entre a função desempenhada pelo militar *“no exercício de atividades profissionais decorrentes de sua condição militar...”* e aquela por ele realizada *“no exercício de atividades não decorrentes de sua condição de militar.”*

O texto do art. 5º da citada lei é claro ao estabelecer que:

Os médicos, cirurgiões-dentistas e farmacêuticos militares, no exercício de atividades técnico-profissionais decorrentes de sua condição militar, não estão sujeitos à ação disciplinar dos Conselhos Regionais nos quais estiverem inscritos, e sim, à Força Singular a que pertencerem, à qual cabe promover e controlar a estrita observância das normas de ética profissional por parte dos seus integrantes.

Parágrafo único. No exercício de atividades profissionais não decorrentes de sua condição de militar, ficam os médicos, cirurgiões-dentistas e farmacêuticos militares sob a jurisdição do Conselho Regional no qual estiverem inscritos, que, em caso de infração ética profissional, poderá puni-los dentro da esfera de suas atividades civis, devendo em tais casos comunicar o fato à autoridade militar a que estiver subordinado o infrator.

Dessa forma, pela leitura desse dispositivo legal, João Batista Fagundes nos esclarece que a lei certamente pretendeu salvaguardar a estrutura militar, toda ela alicerçada na disciplina e na hierarquia:

Fica patenteada a intenção do legislador de excluir dos Conselhos de Classe a competência para julgar a conduta ética adotada por médicos, dentistas e farmacêuticos militares no exercício de atividades *“decorrentes de sua condição militar...”*.⁷⁶

Da leitura do citado preceito legal fica evidente para o mesmo autor, que:

⁷⁵ Id. *ibid.*, p. 545.

⁷⁶ FAGUNDES, João Batista. *Op. cit.*, p. 547.

[...] a lei estabeleceu **duas esferas de competências diferentes** para julgar a conduta ética do médico militar: a) A primeira, quanto à sua conduta **dentro do órgão público**; b) A segunda, quanto à sua conduta **dentro do seu consultório particular**.⁷⁷

Esta segunda hipótese, é a que é passível de ser objeto maior do poder de polícia dos Conselhos Regionais de Medicina. Assim, no caso do médico militar, o Conselho Regional detêm o poder de polícia supracitado sobre o exercício da sua atividade médica apenas quando esta não decorre de sua condição de militar, como bem explicitado no dispositivo legal mencionado.

Por outro lado, faz menção o citado autor, na correta interpretação da lei que:

Ao excluir os Conselhos de Classe para julgar lesões de natureza moral, porventura cometidas por militares pertencentes ao Serviço de Saúde, a lei não impede que tais órgãos de classe venham a formular acusações de natureza ética ou moral a seus filiados que sejam militares.⁷⁸

Ao permitir que eles formulem, nestes casos, uma acusação devidamente fundamentada às autoridades militares às quais o médico militar está subordinado, é coerente se afirmar que elas, em assim o fazendo, contribuem para o aperfeiçoamento da Instituição, visto que tal acusação poderá vir a servir de base para a abertura de um Conselho de Justificação contra o militar, com fulcro no disposto na Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972⁷⁹, instrumento legal indispensável ao processo de destituição do posto e da patente do referido Oficial Médico que incorra em tal situação.

Não obstante, há que se considerar, ao se discutir tal problemática, que toda a legislação militar hoje em vigor, respaldada por princípios contidos até mesmo na CF, empresta ao Comandante Militar ampla competência para decidir na esfera

⁷⁷ Id. ibid..

⁷⁸ FAGUNDES, João Batista. Op. cit., p. 548.

⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972. Dispõe sobre o Conselho de Justificação e dá outras providências. Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972. Dispõe sobre o Conselho de Justificação e dá outras providências.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p. 10889, 6 dez. 1972.

administrativa, sobre tudo o que se faz ou se deixa de fazer dentro de uma Unidade Militar, pela qual ele é o responsável, aí incluída, obviamente, a responsabilidade administrativa pela prestação dos serviços médicos no interior da mesma, com base em parâmetros por ele estabelecidos.

A se admitir tal interferência externa por parte dos CRM, no interior das Unidades Militares, estariam as Forças Singulares permitindo que suas questões éticas e morais, regidas por específica e soberana legislação, passassem a sofrer o crivo de órgãos estranhos às mesmas, com a quebra de seus princípios basilares e o advento de um nítido conflito de competência que a partir daí viria a se estabelecer, o que seria inadmissível.

É importante levar-se em conta, também, como se percebe no texto do artigo da Lei em comento, que o legislador declarou expressamente que “os médicos, cirurgiões-dentistas e farmacêuticos militares, [...] , *não estão sujeitos* à ação disciplinar dos Conselhos Regionais nos quais estiverem inscritos”. Não se pode, portanto, interpretar a norma como se tivesse dito “*estão sujeitos*”.

Valemo-nos para tal fundamentação de Carlos Maximiliano, que nos ensina:

No campo legislativo, embora perfeita a forma, cumpre descer a fundo, à idéia. Prevalece ali o ensinamento de Celso: “*Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*” – “saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, porém a sua força e poder”, isto é, o sentido e o alcance respectivos. A exegese, em Roma, não se limitava aos textos obscuros, nem aos lacunosos; e foi graças a essa largueza de vistas dos jurisconsultos do Lácio que o Digesto atravessou os séculos e regeu institutos cuja existência Papiniano jamais pudera prever.

80

Corroborando tal linha de argumentação, vale lembrar o voto do Ministro Franciulli Netto, da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial (REsp) nº 259.340-DF (2000/0048766-0), no qual ele concluiu que: “O médico militar que tem seu registro cassado deixa de ser médico, mas não perde sua patente ou sofre qualquer sanção. O Conselho apenas comunicará a decisão à

⁸⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 34.

autoridade militar a que estiver subordinado o infrator (parágrafo único, in fine, do artigo 5º, da Lei nº 6.681/79)".⁸¹

Nesse contexto, ensina-nos novamente Carlos Maximiliano que a justiça repressiva não pode estender hipóteses não previstas em lei a casos concretos, ao dizer:

Só o legislador, não o juiz, pode ampliar o catálogo de crimes inserido no Código e em leis posteriores. O Direito Criminal é, como proclamam professores alemães, essencialmente típico: o Código concatena tipos de transgressões puníveis; qualquer falta que se não enquadre em algum daqueles moldes ou tipos, embora do, mesmo aproximada, escapa ao alcance da justiça repressiva.⁸²

Entendimento de igual teor pode, também, ser estatuído do Recurso Especial (REsp) nº 853.086-RS (2006/0138015-7)⁸³, em que foi relatora a Ministra Denise Arruda, no qual ela deixou claro que "[...] os médicos militares sujeitam-se exclusivamente à ação disciplinar das Forças Armadas, por força do referido art. 5º da Lei nº 6.681/79", sendo esta a atual orientação daquela Corte, em clara interpretação sistemática da Lei nº 6.681/79.

Por interpretação sistemática, valemo-nos de Caio Mario da Silva Pereira, que nos ensina:

Denomina-se interpretação sistemática a que leva o investigador ainda mais longe, evidenciando a subordinação da norma a um conjunto de disposições de maior generalização, do qual não pode ou não deve ser associada. Aqui, o esforço hermenêutico impõe a fixação de princípios amplos, norteadores do sistema a que o interpretando pertence, e o seu entendimento em função dele. A interpretação sistemática é também um processo lógico, que onera em mais vasto campo de ação. Parte o intérprete do pressuposto de que uma lei não existe isolada, e por isso mesmo não pode ser entendida isoladamente. Na sua compreensão devem-se extrair de um

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 259.340-DF**. Relator: Ministro Franciulli Netto. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=43459&nreg=200000487660&dt=20010910&formato=PDF>>. Acesso em: 17 nov. 2009.

⁸² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 322.

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 853.086-RS**. Relatora: Ministra Denise Arruda. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4417270&sReg=200601380157&sData=20090212&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 17 nov. 2009.

complexo legislativo as idéias gerais inspiradoras da legislação em conjunto, ou de uma província jurídica inteira, e à sua luz pesquisar o conteúdo daquela disposição.⁸⁴

Já Clovis Bevilacqua assim entende a interpretação sistemática:

Sobretudo deve atender a que o direito é um organismo destinado a manter em equilíbrio as forças da sociedade e, portanto, tem princípios gerais, a que os outros se subordinam (as permanências jurídicas, os preceitos constitucionais), e todas as suas regras devem ser entre si harmônicas (interpretação systemática).⁸⁵

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF), na Representação nº 1023-6-RJ, ao decidir, em 28 de fevereiro de 1980, sobre os limites de aplicação do Código de Ética Médica, afirmou, pelo voto do Ministro Décio Miranda, quais deveriam ser as restrições possíveis ao poder disciplinar do Conselho de Ética, ou seja, as decorrentes das condições da capacitação profissional ou as decorrentes de lei: “Unicamente possíveis restrições atinentes às condições de capacidade do profissional, e decorrentes de lei, vê-se que a restrição em causa padece de duplo defeito. Nem é atinente a condições de capacidade, nem decorre de lei.”

Em outras palavras, em havendo lei, que continua com vigência, validade e eficácia preservadas, como é o caso da Lei nº 6.681/79, não há como possa ela ser ignorada. A existência de lei é uma efetiva restrição, no caso concreto, aos poderes disciplinares dos referidos Conselhos Regionais.

Como escreveu A. J. Franco Campos, as decisões judiciais servem para esclarecer “o direito vivo”. É dele a afirmação:

Por outro lado, os arestos servem para esclarecer ou elucidar opiniões sobre a hermenêutica como teoria científica, sobre a interpretação, como teoria de especificação de doutrinas (métodos), e sobre a exegese, como técnica de interpretação (mecânica).⁸⁶

⁸⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 1, p. 139.

⁸⁵ BEVILACQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1953, p. 49.

⁸⁶ FRANCO CAMPOS, A. J. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, p. 86.

Na mesma linha, lê-se a Ementa da Apelação em Mandado de Segurança (AMS) nº 96.01.38129-5/DF do Acórdão do TRF-1, 1ª Turma, em que foi Relator o Juiz Renato Martins Prates:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE DO IMPETRADO PARA RECORRER. POSSIBILIDADE. CASSAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. MÉDICO MILITAR. COMPETÊNCIA PARA APLICAR PUNIÇÃO. LEI Nº 6.681/79. 1. O tema da legitimidade do impetrado para recorrer de sentença proferida em mandado de segurança tem comportado discepção pretoriana. Na doutrina, Hely Lopes Meirelles sustenta que o coator, como integrante da lide desde as informações, não pode ser aliado da fase recursal. 2. O médico militar, por atos praticados no exercício de atividades profissionais inerentes à condição de militar, não pode ser processado nem julgado por Conselho Regional de Medicina e, tampouco, punido com cassação do exercício profissional, a teor da Lei nº 6.681/79, que não limita ao interior de unidade militar tais atividades. 3. As autarquias profissionais corporativas, hoje entidades de direito privado, exceto a Ordem dos Advogados do Brasil, têm sua atuação circunscrita à fiscalização do exercício profissional no setor privado. 4. Limitada a sentença à declaração de incompetência do órgão administrativo de primeiro grau para punir o impetrante, refogem de exame de mérito os atos atribuídos ao impetrante. 5. Seja qual for a lei, representa a mais alta expressão da soberania do Estado, com o primado da sujeição de todos os indivíduos a seu império e obediência coercitiva. Para o Juiz não importa que a lei, ainda que de conteúdo formal, seja benéfica a alguns e indesejada por outros, quer favorecendo, quer contrariando sentimentos ou interesses de grupos, organizados ou não. 6. Ao Judiciário não é permitido exercer controle sobre a opção política do legislador, manifestada na normatividade expressa, pois só na hipótese de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, cabe ao Juiz, mediante controle difuso ou concentrado, deixar de aplicá-los. Assim, tanto o artigo 5º quanto seu parágrafo único, da Lei nº 6.681/79, enquanto norma vigente, existem para serem cumpridos. 7. Apelação e remessa oficial não providas.⁸⁷

Leia-se, também, neste sentido, os Embargos de Declaração na Apelação em Mandado de Segurança (EDAMS) nº 96.01.38129-5/DF, junto ao TRF da 1ª Região, em que foi Relator o Juiz Aloísio Palmeira Lima, cuja Ementa é a seguinte:

⁸⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Apelação em Mandado de Segurança nº 96.01.38129-5/DF**. Relator: Juiz Renato Martins Prates. Diário de Justiça, Brasília, 10 dez. 1998, p. 80.

Ementa: PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CARÁTER CONFESSADAMENTE INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME, NO RECURSO, DE QUESTÕES PRELIMINARES NÃO DECIDIDAS PELA SENTENÇA, QUE AS CONSIDEROU PREJUDICADAS. SENTENÇA MANTIDA PELO ACÓRDÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA DECORRENTE DE PROCRASTINAÇÃO. 1. Embargos declaratórios não se prestam à modificação de julgado, no tocante a questões preliminares que a sentença, mantida pelo Acórdão, considerou superadas, em face do acolhimento de preliminar de incompetência do Conselho Regional de Medicina e do respectivo Conselho Federal para julgar e punir médico militar, por atos praticados no exercício de atividades profissionais inerentes à condição de militar (Lei nº 6.681/79). 2. Aplicação da multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, à vista do caráter procrastinatório dos embargos.⁸⁸

Devem ser destacadas, também, decisões do Conselho Federal de Medicina, como no Recurso nº 2.757/1995:

Nº 2757/1995 – Origem: CRM-SP – Tribunal: Câmara

Relator: Claudio Balduino Souto Franzen

EMENTA: FALECE AOS CONSELHOS DE MEDICINA JULGAR ATOS PRATICADOS POR MÉDICO MILITAR NAS FUNÇÕES DE MILITAR.

Acórdão: A 1ª Câmara do TSEM do CFM, por unanimidade de votos, manteve a decisão do CRM-SP, que determinou o arquivamento dos autos, nos termos do voto do Cons. Relator Claudio Balduino Souto Franzen, em 11/04/1996.⁸⁹

Por fim, vale considerar-se a Resolução do CFM nº 1.619/2001⁹⁰, que ao considerar em seu texto diversos instrumentos legais, dentre os quais o contido nos artigos 10 e 2º, no parágrafo único do artigo 5º e, no parágrafo 1º do artigo 6º da Lei nº 6.681/79, o faz para claramente impor apenas ao médico militar, ao exercer

⁸⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Embargos de Declaração na Apelação em Mandado de Segurança nº 96.01.38129-5/DF**. Relator: Juiz Aloísio Palmeira Lima. Diário de Justiça, Brasília, 31 mai. 1999, p. 19.

⁸⁹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Recurso nº 2.757/1995/CRM-SP**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Seção 1, p. 6520, 17 abr. 1996.

⁹⁰ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.619, de 16 de maio de 2001. Os médicos que exercem atividades como militar, devem apresentar prova de sua condição de médico militar exclusivo, até o dia 28 de fevereiro de cada ano, aos Conselhos onde estão jurisdicionados**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, n. 109, Seção 1, p. 40, 6 jun. 2001.

cumulativamente a medicina como médico civil, a obrigatoriedade de inscrever-se nos Conselhos Regionais de Medicina como médico civil, além de determinar aos médicos que exercem suas atividades como militar que até o dia 28 de fevereiro de cada ano apresentem, aos Conselhos aos quais estão jurisdicionados, prova de sua condição de médico militar exclusivo, sob pena de que a não apresentação dessa certidão em tempo hábil, ensejará a transformação imediata da referida inscrição de médico militar exclusivo para médico civil.

Esta Resolução revoga, a meu ver, todas as Resoluções anteriores do mesmo Conselho Federal de Medicina e reitera a permanência dos arts. 5º e 6º da Lei nº 6.681/79.

Em outras palavras, a Resolução impõe a obrigação de o médico militar com dedicação exclusiva às Forças Singulares, provar perante os Conselhos Regionais de Medicina sua condição de médico militar exclusivo, sob pena de não o fazendo ser passado para a condição de médico civil e, desta forma, ficar subordinado à jurisdição administrativa dos Conselhos de Ética e Disciplina dos Conselhos Regionais de Medicina.

Faz-se, também, mister lembrar que a Lei nº 6.681/79, não foi considerada inconstitucional, tendo plena eficácia, validade e vigência. A própria decisão do STJ de 2001, já ultrapassada por aquela de 2009 da 1ª Turma da Ministra Denise Arruda, não considera inconstitucional o referido diploma, nem há declaração nesse sentido por parte de nossa Suprema Corte.

Assim sendo, toda lei e todo ato normativo goza de presunção de legalidade, enquanto não for julgada(o) inconstitucional, ilegal ou ilegítima(o).

Diógenes Gasparini é um dos que melhor nos esclarece sobre isso em sua obra:

7.1. Presunção de legitimidade: é a qualidade que tem todo e qualquer ato administrativo de ser tido como verdadeiro e conforme o Direito. Milita em seu favor uma presunção "*juris tantum*" de legitimidade, decorrente do princípio de legalidade. Com efeito, se a Administração Pública só pode agir ou atuar se, como e quando a lei autoriza, há de se deduzir a presunção de legitimidade de seus atos, isto é, que são verdadeiros e que se conformam com o Direito. Assim, pode-se dizer que os atos administrativos nascem com esse atributo e nada mais se exige para a sua prevalência. A Administração, em face disso, não

tem necessidade de realizar, em relação ao ato praticado, qualquer prova de sua veracidade ou legalidade, nem buscar autorização judicial para a sua execução quando esta for permitida. Essas são duas das consequências desse atributo.⁹¹

Na mesma linha de entendimento, Diogo de Figueiredo ensina:

2. Presunção de veracidade, de legalidade e de legitimidade. [...] Em decorrência, enquanto não houver pronunciamento em contrário de órgão competente para fazê-lo, os atos administrativos são tidos como verazes, legais e legítimos. Essa presunção, é claro, é “*juris tantum*”, cedendo ante prova em contrário, apresentada por quem tenha interesse em afastá-la.⁹²

Desta forma, a lei que rege a matéria, a Resolução do Conselho Federal, decorrente do seu próprio Tribunal de Ética e a última decisão do Superior Tribunal de Justiça (2009), última instância em questões de legalidade, mantêm a eficácia da lei e reconhecem, principalmente, no que concerne à autonomia e independência dos Conselhos Internos das Forças Singulares, serem eles competentes para a preservação da ética médica e para aplicar penas disciplinares a profissionais médicos, cirurgiões dentistas e farmacêuticos militares.

Apenas, se estiverem simultaneamente servindo às Forças Singulares e ao segmento civil, vale dizer, com dupla atuação, no que for concernente à atuação civil no exercício da medicina, estarão os médicos sujeitos aos respectivos Conselhos Regionais de Medicina.

Desta forma, Carlos Maximiliano já anteriormente citado, fez clara menção em sua obra de que o direito se interpreta pelo conjunto de princípios, normas e institutos que o regem. Não pode o intérprete - como condenava Francesco Ferrara – colocar na lei o que nela não está, por preferência pessoal, nem dela retirar o que não lhe agrada, por conveniência. Ele não deve, portanto, afastar-se das leis da hermenêutica por conviência ou conveniência, “*pro domo sua*”.

Quanto às Comissões de Ética Médica existentes atualmente nas OMS, como já anteriormente mencionado, elas têm atribuições não somente opinativas, educativas

⁹¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 63.

⁹² FIGUEIREDO, Diogo de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 102.

e fiscalizadoras do desempenho ético da medicina dentro do estabelecimento, mas também atuam como controles de qualidade das condições de trabalho e da prestação de assistência médica, sugerindo e acompanhando as modificações necessárias, além de prestar a devida assessoria à Direção das mesmas.

São Comissões compostas por três a cinco Oficiais Médicos nomeados por ato do Diretor da OMS, que analisam toda e qualquer queixa ou denúncia relacionada à ética médica, envolvendo os profissionais que nelas trabalham, encaminhando posteriormente os respectivos processos técnico-profissionais às Diretorias de Saúde das Forças Singulares para análise e parecer, visto serem elas, como Órgãos Técnico-Normativo que são, a instância final de recurso ou de esclarecimento nos casos pertinentes à ética médica, como preconizado na Lei nº 6.681, de 16 de agosto de 1979.

CONCLUSÃO

Não se duvida mais que à sociedade atual cabe o direito e ao Estado o dever de responsabilizar o médico que infringir, voluntária ou involuntariamente, as regras fundamentais do agir profissional. À liberdade ou autonomia do exercício da medicina, como de qualquer outra profissão, correspondem deveres éticos e jurídicos, quais sejam, a indispensável competência, a necessária diligência e a absoluta seriedade no manejo das técnicas e dos juízos de avaliação próprias da arte.

O panorama do erro médico no Brasil é distorcido e exageradamente amplificado pela mídia, como se pode constatar pelos dados disponíveis, tanto nos Conselhos de Medicina quanto nos tribunais de justiça brasileiros. A prevalência entre nós é ainda, felizmente, de uma prática profissional correta, dentro dos padrões da razoabilidade técnico-científica. Esta é a regra.

O médico é aquele profissional treinado para diagnosticar e tratar e que, na sua azáfama diária, sequer tem tempo de refletir sobre estas questões jurídicas, preocupado que está em resolver, pelo menos, a parte que lhe cabe de um sistema de saúde pública que até agora não encontrou a sua devida eficácia, explorando-o, de modo vil e não solucionando os problemas de saúde da população.

O ato médico, pela sua complexidade e conjuntura, comporta, em geral, uma obrigação de meios ou de diligência, onde o objetivo do contrato se traduz pelo empenho do profissional. O médico está, pois, obrigado a se dedicar da melhor maneira, disponibilizando o máximo dos seus predicados intelectuais e de suas habilidades, utilizando todos os recursos necessários, à sua disposição, para favorecer o seu cliente.

No exame jurídico do erro médico se torna necessário admitir-se, como regra geral, que a obrigação do profissional é a de meios, qual seja a de diligenciar em favor do paciente, sem, contudo, garantir alcançar sempre um resultado bem sucedido. Não estamos nos referindo ao erro grosseiro, à ausência do dever de vigilância ou a uma prática de abuso, que excedem os limites da arte e da ciência profissionais e que são caracterizados por negligência, imperícia e imprudência.

Nestes casos, é tão evidente o erro médico que não haverá dificuldade em constatá-lo e, conseqüentemente, puni-lo.

No entanto, não se pode falar em culpa se ficar provado que, apesar de todo o empenho profissional, não se alcançou um resultado desejado, ou que a evolução da doença escapou ao conhecimento e ao controle do médico, mesmo tendo ele agido dentro dos padrões técnico-científicos da profissão. Punir, nestes casos, por não se ter cumprido uma possível obrigação de resultado, pode caracterizar uma injustiça crassa. Porque não se pode, jamais, igualar a assistência médica a uma mera cobrança contratual de uma prestação de serviços, a uma empreitada, onde o que está em jogo são interesses materiais e onde não existe a contraditória e paradoxal realidade do ser humano.

A questão da responsabilidade dos médicos é, portanto, tema que no Brasil é ainda encarada por farta maioria da população como um tabu, seja pela total impossibilidade de meios para se garantir a reparação dos danos sofridos, seja pela inação intrínseca de nossa população ou, também, devido ao corporativismo que ainda nos dias atuais, acossa quase todas as classes funcionais, aí incluída a dos médicos, obstruindo a perfeita apreciação do problema e servindo como manto protetor para desastrosas condutas de profissionais que não conseguem discernir na Medicina a imensa grandiosidade do seu ofício.

É importante se frisar que todo profissional é passível de erros e que não devemos pensar nestas questões como se pensava na época do Código de Hamurabi (1728-1686 a.C.) ou da civilização romana que contemplavam os erros médicos com a crucificação ou a mutilação, nem tampouco contribuirmos para se criar a mentalidade da “indenizite” que, com absoluta certeza, retrainha a ciência médica há tempos remotos de absoluta inércia científica.

O que na realidade deve ser rechaçado é aquele profissional médico que notadamente não exerce o seu mister de maneira ética, competente, responsável, humanitária, reconfortante e que compromete com sua postura todo o corpo profissional, desmoralizando a todos de sua categoria, contribuindo assim para o descrédito dos que perscrutaram a grandiosidade do labor do exercício da Medicina aplicada com consciência, cuja finalidade precípua é a de salvar as vidas que se colocam e que são entregues em suas mãos.

No tocante ao médico militar, se conclui que o mesmo, ao trabalhar na assistência médico-hospitalar aos militares e a seus familiares, no adestramento diuturno do apoio logístico às operações bélicas e no gerenciamento eficaz e eficiente dos processos administrativos dos Serviços de Saúde das Forças Singulares, necessita, em função destas peculiares atividades técnico-profissionais que exerce, de continuar a ter um tratamento diferenciado em relação aos seus colegas civis, no que tange ao seu desempenho profissional, quando exclusivamente decorrente de sua condição militar, o que, salvo melhor juízo, ainda se mostra eficaz por meio do cumprimento da legislação em vigor - Lei nº 6.681, de 16 de agosto de 1979.

Assim, em havendo lei, que continua com vigência, validade e eficácia preservadas, como é o caso da Lei nº 6.681/79, não há como possa ela ser ignorada. A existência da lei é uma efetiva restrição, no caso concreto da Medicina, aos poderes disciplinares dos seus referidos Conselhos Regionais.

Faz-se mister, também, lembrar que a Lei nº 6.681/79, não foi considerada inconstitucional, como reconhecem o STJ e nossa Suprema Corte.

Finalizando, ressalto a importância, na atualidade, da manutenção do papel das Diretorias de Saúde das Forças Singulares - Órgãos Técnicos e Normativos -, como elementos balizadores e controladores dos limites éticos norteadores do exercício profissional dos médicos militares.

REFERÊNCIAS

BEVILACQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1953.

CLOTET, Joaquim. **Por que Bioética?** Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/bioetpq.html>>. Acesso em: 28 mar. 2009.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Responsabilidade penal e civil resultante de lesões corporais e do homicídio culposo no exercício da profissão médica. Interdição do exercício profissional. Dano material e dano moral**. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/manuais/XII_encontro/responsabilidade_civi_medicos_lesoes_corporais....>. Acesso em: 27 mar. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 3: Direito das Coisas**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DRUMOND, José Geraldo de Freitas. **Responsabilidade civil e penal dos médicos**. Disponível em: <<http://www.unimontes.br/aunimont/reiresci.html>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

FAGUNDES, João Batista. **A justiça do comandante**. 2. ed. Brasília, DF: Edição do Autor, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FIGUEIREDO, Diogo de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 7. ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK, 2001.

FRANCO CAMPOS, A. J. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2.

GARCEZ SOBRINHO, Ivan da Costa. **Perfil do médico-militar**. Disponível em: <<http://www.dgp.eb.mil.br/dsau/artigos.html>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GOLDIM, José Roberto. **Ética, moral e direito**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/eticmor.html>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

_____. **A evolução da definição de Bioética na visão de Van Rensselaer Potter – 1970 a 1998**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/bioetev.html>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

_____. **Consentimento informado**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/consinf.html>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

_____. **Os comitês de ética hospitalar.** Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/comitatm.html>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

_____. **Modelos de relação médico-paciente.** Disponível em: <http://www.ufrgs.br/HC_PA/gppg/relacao.html>. Acesso em: 25 mar. 2009.

GUIMARÃES, José Alfredo Cruz. **Responsabilidade médico-hospitalar, em face do direito do consumidor.** Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com/respmed.html>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal.** 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico.** São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1994.

LEITE, Norma Souza. **Responsabilidade civil dos médicos.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/98/44/984/p.shtml>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

MACÊDO, I. I. (Coord.). Ética aplicada às relações de trabalho. In: _____. **Aspectos comportamentais da gestão de pessoas.** Rio de Janeiro: Ed. da FGV, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

NALINI, José Renato. **Responsabilidade ético-disciplinar do médico: suspensão e cassação do exercício profissional.** Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/manuais/XII_encontro/responsabilidade_etico_disciplinar.php>. Acesso em: 25 mar. 2009.

_____. **Filosofia e ética jurídica.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 1.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado.** Tomo LIII, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

SÉGUIN, Elida. **Biodireito.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez; tradução de João Dell'Anna. **Ética.** 20ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.